







٢٧٢

[illegible] تملكته [illegible] الفقير [illegible] حسن [illegible]

ثم انتقل بالشراء الشرعي الى ملك العبد الفقير [illegible] ابي اسحق اسمعيل [illegible] عفي عنه وعن والديه

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير اغا دار السعادة
الشريفة لسنة ثمان وخمسين
ومايه والف

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرة مولانا صاحب الخيرات الحسان
ذي الجود والاحسان منور مصابيح المقاصد بانوار العنايه
مفتح مغالق المراصد بمفتاح الكفايه جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع
البر الاكمل الا وهو اغا دار السعاده الحاج بشير وفقه الله للخير المزيد والبر الكثير
انه على كل شيء قدير حرره الفقير الى الله سبحانه وتعالى
محمد امين المفتش باوقاف الحرمين
عفي عنه



الحمد لله الذي هدانا في البداية بمعرفة الهداية ودعانا بعين العناية في النهاية عن الجهل والغواية وجعلنا ممن آمن بما انزل
واتبع الرسل ووفق للدراية وخصنا باهلية الشهادة على الامم بفضل منه وكمال الرعاية احمده على افاضة حكمه واشكره على
سوابغ نعمه واصلي على من اصطفاه للرسالة فكان خازنا على وحيه نبيا انبيا وحباه بمعرفة ام الكتاب فعدن الانوار والاسرار
فكان اماما ونبيا محمد المبعوث الى الاسود والاحمر بالكتاب العزيز المعجز المنور وعلى آله واصحابه القائمين بنصرة الدين القويم
اللازم والصفوة المجتهدين من ائمة الوارثين لعلمه العزيز الانور العبد الفقير الى رحمة ربه الخفي محمد بن محمود بن احمد الحنفي
غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الجلي والخفي وبعد فان كتاب الهداية لمنة للهداية لاحتوائه على اصول الدراية وانطوائه
على متون الرواية خلصت معادن الفاظه من خبث الاسهاب وخلت نقود معانيه عن زيف الايجاز وبهرج الاطناب بغير بروز
الابريز مركبا من معنى وجيز تمشت في المفاصل عذوبته وفي الافكار رقته وفي العقول حدته ومع ذلك فربما خفيت جواهره في معادنها
واستترت لطائفه في مكامنها فلذلك تصدى الشيخ الامام والقرم الهمام جامع الاصل والفرع مقرر مباني احكام الشرع
حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه وجعل الجنة مثواه لابراز ذلك والتنقير عما هنالك فشرحه شرحا وافيا وبين ما اشكل منه
بيانا شافيا وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق لكن وقع فيه بعض اطناب لا يجب ان
يهجر لاجله الكتاب ولكن يعسر استحضاره وقت القاء الدرس على الطلاب وكانوا يقترحون عن المذاكرة ان اختصره على ما يحتاج
اليه حل الفاظ الهداية وبيان مبانيه ويحصل به تطبيق الادلة على تقرير احكامه ومعانيه وكنت امتنع عن ذلك غاية الامتناع
من الاعواض شئ ورباح وكان امتناعي يزيدهم غراما وتسويفي يعقدهم هياما فلم يزل على هذا المنهاج حتى اصبحوا الخاطرين
بالحاج فاستخرت الله واقدمت على هذا الخطب الخطير وتفرغت بفراغة الطلب الى عالم الخبير في استنزال كلاته عن الزلل
في التحرير والتقرير وجمعت منه ومن غيره من الشروح ما ظننت انه مما يحتاج اليه وما يكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه واشرت
الى ما يتم به مقدمات الدليل وترتيبه ولم آل جهدا في تنقيحه وتهذيبه واوردت مباحث لم اطلع عليها في الكتاب ولم تصل الى عن احد
لا برسالة ولا خطاب بل كان خاطري ابا عذره ومفتض جلوده ومرده وسميته العناية لحصوله بعون الله والعناية
وسالت الله ان ينفع به كما نفع باصله انه اكرم مسؤول واعز مامول ثم اني اروي كتاب الهداية عن شيخ العلامة امام الهدى
معدن التقى فريد عصره ووحيد دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور
ضريحه وهو يرويه عن شيخه العلامتين الامامين الهمامين المتبحرين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف
ومولانا حسام الدين حسين السغناقي صاحب النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه منهجهما وهما يرويانه عن الشيخ
الكبير السالك الناسك البارع الورع التقي النقي استاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين وقدوة
المحققين واسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة وهما يرويانه عن استاذ ائمة الدين
مظهر كلمة العليا شمس الائمة محمد بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه وهو يرويه عن شيخه شيخ
الاسلام حجة الله على الانام مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والايام المخصوص بالعناية صاحب الهداية
غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا واثابنا الجنة برحمته وختم لنا بالخير في عاقبة اجمعين انه ارحم الراحمين آمين

قال المصنف رحمه الله الحمد لله الذي اعلا معالم العلم واعلامه اللام في الحمد للجنس ويجوز ان يكون لاستغراق الجنس وجعله
للاستغراق عند اهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على ان العباد خالقون لافعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا
بواضح لان من اهل السنة من جعله للعهد الذهني وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل فقولنا هو الوصف
كالجنس وقولنا بالجميل يخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل يخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم والكلام في اسم الجلالة من كونه
منقولا او مرتجلا مشتقا او غيره ليس مما نحن فيه الآن ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل احد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ او جميع افراد ذلك
ثابت بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى محمودا اصدر الحمد من حامد او لا والمعالم جمع معلم واراد به اصول الشرع لكونها اصول مدارك
الشرعي والاعلام علماؤه والشعائر جمع شعيرة وقيل المراد بها ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالاذان والجمعة وصلوة العيد والاضحى
والشرع بمعنى المشروع او بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر موضع المضمر او بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عم واحكام الشرع هي الحل والحرمة
والصحة والفساد وغيرها وحمل الشعائر على الاسباب والعلل والشروط والعلامات انسب للاحكام ويكون اشارة الى براعة الاستهلال
فان كتابه هذا مشتمل على الاحكام مبنية بذلك قوله وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين قيل الرسول النبي الذي معه كتاب
كموسى وعيسى عم والنبي هو الذي ينبئ عن الله وان لم يكن معه كتاب كيوشع عم وهو الظاهر قوله هادين اي مبينين طريق الصواب واعترض
على المصنف بانه ترك ذكر محمد صلعم مع كونه الاصل المحتاج الى ذكره واجيب بان المراد بالرسل والانبياء محمد صلعم لكن جمعه تعظيما له واجلالا
لقدره وهو محتمل وقوله داعين كقوله هادين في كونه صفة مادحة وقوله يسلكون يجوز ان يكون صفة لعلماء وان يكون حالا لاتصافه
اولا بداعين والنكرة الموصوفة جاز ان يقع عنها الحال متاخرا وان يكون استئنافا كان قائلا قال كيف دعوتهم الى سننهم فقال يسلكون
فيما لم يؤثر عنهم اي لم يوجد عنهم مأثور اي مروي مسلك الاجتهاد وفيه بيان انهم لا يخرجون عن المأثور منهم اذا وجدوه وانهم متبعوهم على
الدوام لانهم ان وجدوا مأثورا عنهم عملوا به واتبعوهم في طريقتهم اذا لم يوح اليهم وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع ليحصل الظن
بحكم شرعي وقد قررنا شروطه وحكمه في التقرير وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكون واراد باولي المستنبطين اباحنيفة واصحابه رحمهم الله بدليل قوله
حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فانهم الذين تولوا تمهيد قواعد المسائل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلي المسائل القياسية لظهور
ادراكها غالبا وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه اصحابنا من المسائل الفقهية هو الف الف ومائة وسبعون
الفا ونيف مسئلة وقوله غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال اذا كان اولو المستنبطين
وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فاي حاجة تدعو الى الاستنباط والتصنيف ووجهه انهم وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث
متعاقبة الوقوع والنوازل اي الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة واستعيرها هنا للاجوبة المنقولة عن السلف في
الفتاوى والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي الآبدة والقبس شعلة من نار يقال اقتبست منه نارا واقتبست منه
اي استفدته والموارد جمع المورد استعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباط بجامع سبب الوصول الى المقصود واستعار
الموارد للاصول باعتبار محل الوصول يعني كما ان اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية
من الاصول اي الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار وبين ان الاعتبار ليس صنعة كل احد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولة وهو
والوقوف على المأخذ خبر ثان وهو بالوقوف على المأخذ حال كونه يعض عليها بالنواجذ يعني اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله
غير ان الحوادث شرح اعتذار عن الشروع في التصنيف قوله والاعتبار بالامثال ان كان ذكره هضما للنفس عن رتبة التصنيف كان معناه والاعتبار
بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف المتقن المحكم على المأخذ ولست منهم ولا حصل لي ذلك لكن قد جرى على الوعد في مبدأ بداية المبتدي ان
اشرحها شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ لئلا اكون ممن اذا وعد خلف وانما قال بعض المساغ
لان الوعد بالشرع غير موجب واتمامه مجوز رجحا والى هذا المعنى اعني كونه هضما للنفس ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله
وان كان ذكره لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وانا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على المأخذ بالاتقان كما حصل لهم
فجاز لنا الاعتبار والحال انه قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساغ يعني منفردا عن صلاحية الواعد للاتيان بالموعود فكيف مع



الصلاحية والى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة وقوله وحين اكاد اتكي عنه الكا الفراغ
قيل عدى الانكباب وان كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ ورد بان معناه حين يكون وحين اكاد افرغ عنه فراغ الفراغ
وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صفة الفراغ قدم رعاية للسجع وقوله نبذت اى علمت والنبذ الشيء القليل وقوله فصرفت العنان
والعناية يعني عنان الخاطر وعناية القلب وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن وقوله اجمع يجوز ان يكون حالا من
ضمير صرفت ويجوز ان يكون صفة شرح وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء فان عين الشيء خياره ومتون الرواية المعاني المؤثرة
والنكات المتينة وقوله في كل باب يعني من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الى الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف
ان يهجر لاجله الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بازيد من متعارف الاوساط وقوله مع ما فيه دفع لما يتوهم انه
لما وقع موجزا خاليا عن الاصول والفصول فكان اولى بالهجر من الاول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه خاليا عن الاطناب مشتمل
على اصول ينسحب عليها فصول وهو كما قال جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من خدم كتابه حق خدمته فما ظهر من ذلك قوله
في فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد البيع
فان في كل قيد منه احتمالا لما يضاده وطمع لما يوافقه وقوله لاتمامها واختتامها الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير
للشرحين وقوله حتى ان من سمت متصل تبارك كاللزوم وابدا او بصرفت وسمت بمعنى علت والمزيد مصدر كالزيادة ومن اعجله الوقت
بمعنى عجله اي استحثه واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس وقبله على برفع العامرية وقفة
لتملي على الشوق والدمع كاتب ومن عادتي حب الديار لاهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله اي هذا الفن وهو علم
الفقه كله خير فان شئت فارغب في الاقصر والاخصر حفظا وتحصيلا وان شئت في الاطول والاكبر كشفا وتاصيلا وقيل معناه جنس
العلم حسن فارغب في اي نوع شئت وهو كلام صحيح لكن لا تقريب له هنا والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية وكانه بعد صرف العنان والعناية
لم يشرع فيه حتى ساله اخوانه الاملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله في تحرير اي تقويم ما يقاوله وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة مزيد مزاولة ومعاناة في
ليس في القول وحاولت الشيء اردته ونفائس حديركذا اي خليق روي ان صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلث عشر سنة
وكان صائما في تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له خليه وروح فاذا راح
كان يطعمه احد الطلبة او غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء

كتاب الطهارة

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل فقوله طائفة
كالجنس وقوله من المسائل الفقهية احتراز عن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة اي مع قطع النظر عن تبعيتها غيرها او تبعية غيرها ايا ها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه
تابع للصلوة فيدخل كتاب الصلوة فانه مستتبع للطهارة وقد اعتبر استقلالهما اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح فلكونه المقصود الاصلي
وظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الآبق وكتاب المفقود وانقطاعهما
عن الصلوة والزكوة وقد يكون لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلوة كما ذكرنا
وقوله شملت انواعا او لم تشمل لدفع قول من يقول الكتاب اسم لجنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع
يشتمل على اشخاص تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب ما لم يذكر فيه لا باب ولا فصل ككتاب اللقطة
والآبق وغيرهما على ما سياتي فلو لم يذكر ذلك ربما توهم ذلك فذكره دفعا لذلك والطهارة في اللغة طهارة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة
تحصل لمزيل الحدث او الخبث عما تعلق به الصلوة والمراد اعم من ان يكون طبعا او شرعا وكلمة او ليست لمانعة الجمع فلا يفسد بها الحد
وقوله عما تعلق به الصلوة ليتناول المكان فان طهارته شرط على ما سياتي وركنها استعمال المزيل وشرط وجوبها الحدث
او الخبث وسببها وجوب الصلوة لان وجودها مشروط فكان متاخرا عنها والمتاخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلوة او
ما يفتقر فيها لمن قامت به وانما جمع الطهارات نظرا الى انواعها ولا يشكل بالصلوة والزكوة لان الاتيان بالجمع في مثله احترازا عنه
فلا يرد تركه نقضا ووجه تخصيص الطهارات بذلك ان انواعها احق بالتثنية عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظة بخلاف

بخلاف انواع الصلوة والزكوة ولا يشكل بصلوة الجنازة لانها دعاء وانما ابتدأ بكتاب الطهارات لانها مفتاح الصلوة
التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل عبادة قال رحمه الله قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى
الصلوة تبرك المص رحمه بتقديم الآية الدال على فرضية الوضوء على حكمها وان كان القاعدة في الدعاوي تقديم المدعى ومعنى
قوله اذا قمتم اذا اردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختياري لا يوجد بدون الارادة
وذلك مجاز شايع كما عرف في موضعه وليس في هذا الموضع التقات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الآية يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم
الى الصلوة وهو مذهب اهل الظاهر محدثا كان او غيره والجمهور على خلافه فالوا معناه اذا قمتم الى الصلوة وانتم محدثون لئلا يلزم تفويت
المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته فانه لو كان الامر كما ذكروا كان كل من جلس توضا لزمه اذا قام الى الصلوة وضوء آخر وفي ذلك تفويت
الصلوة بالاشتغال بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من
الغائط الى قوله فتيمموا صعيدا طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل وانما اضمر قوله وانتم محدثون
كراهة ان يفتتح آية الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى للضالين الصائرين الى التقوى بعد الضلال كراهة ان يفتتح
اولى الزهراوين بذكر الضلالة واعترض على الاول بان الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني بان الآية بعبارتها تدل على
وجوب الوضوء على كل قائم وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب عن الاول سلمنا ان
الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي الى وجوب القيام للوضوء دائما لان اداء الصلوة لا يتحقق اذ ذاك الا اذا توضا قائما وذلك باطل بالاجماع
وما يفضي الى الباطل باطل واذا ثبت هذا ظهر ان ظاهر الآية غير مراد فلا يقتضي عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض وسقط
السؤال الثاني واعترض بان الاستدلال بالدلالة فاسد ههنا لانها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل ويجوز ان يخالف
البدل الاصل في الشرط فانه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة والجواب ان كلامنا في مخالفة البدل الاصل في شرط السبب فان
ارادة القيام الى الصلوة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس بشرط السبب فان ارادة
القيام الى الصلوة بشرط نية التيمم ليست بسبب له وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه قال ففرض الطهارة الفاء للتعقيب دخلت على
الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناهما اشارة الى
دفع ما يذهب اليه الشافعي رحمه من تكرار مسح الراس على ما سيجي والى ان البلل بالبلل بالماء في المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن ابي
يوسف وقصاص الشعر منتهاه وغايته في الراس وفي القاف ثلث لغات والضم اعلاها وقوله وهو مشتق منها اعترض عليه بان الثلاثي
لا يكون مشتقا من المنشعبة وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى
فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا وقال زفر لا يدخل لان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي
ذكره المص لزفر يخالف ما ذكر في نسخ الاصول فان المذكور فيها تعارض الاشباه وهو ان من الغايات ما يدخل كقوله قرات القرآن من اوله
الى آخره ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقوله ثم اتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية اعني المرافق
تشبه كلا منهما فلا يدخل بالشك وتاويل كلام المص ان هذه الغاية اي المرافق لا يدخل بتعارض الاشباه كما لم يدخل في قوله الى الليل
ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراها يعني ان الغاية على نوعين نوع يكون لمد الحكم اليها ونوع
يكون لاسقاط ما وراها والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما وراها كانت للثاني والا فللاول وما نحن فيه من الثاني
لان ذكر اليد يتناول الاباط بدليل ان الصحابة وهم اهل اللسان فهموا ذلك من آية التيمم فيبقى المرافق داخلة بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول
الامساك ساعة فكانت لمد الحكم اليها فيبقى الليل خارجا والكعب هو العظم الناتي الناشز الارتفاع وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه
هشام عن محمد انه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك قال لان الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط
القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا صحيح في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين فاما في الطهارة فلا شك انه العظم الناتي
المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهود وقوله والمفروض في مسح الراس اي المقدر على جهة الفرضية مقدار

الناصية وهو ربع الراس كما ترى يشير الى انه يجوز من اى جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة ان النبى صلعم اتى سباطة
قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لا نقل الحديث بما يتلوه
من الحكاية يوجب صحته وكادة قيل هو حديث واحد وقيل حديثان جمع القدورى بينهما فان الحديث الذى فيه السباطة لم يذكر فيه المسح
على الناصية والذى ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه السباطة والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وارادة المحل وقوله والكتاب مجمل فالتحق بيانا
جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه انه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر
بيانا به ويجوز ان يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب مجمل لان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل
والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الاقل ليتعين سلمنا انه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل اخص من المدلول فان المدلول مقدار الناصية وهو ربع
الراس والدليل يدل على تعين الناصية وهو لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل قطعى وخبر
الواحد لا يفيد القطع سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفى الملزوم والجواب انا لا نسلم ان العمل به قبل البيان ممكن
قوله بحمله على الاقل قلنا لا اقل من شعرة والمسح عليها لا يمكن الا بزيادة عليها وما لا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة
فتحقق الاجمال فى المقدار والبيان لما فيه الاجمال فكان الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال فى المحل فكان
من باب ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شايع فكانا متساويين فى العموم والاصل ان خبر الواحد اذا لحق بيانا بالمجمل فكان الحكم بعده
مضافا الى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعى ولا نسلم انتفاء اللازم لان الجاحد من لا يكون مأولا وموجب
الاقل او الاستيعاب مأول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين الا يرى ان اهل البدع لم تكفروا بما منعوا
ما دل عليه الدليل القطعى فى نظر اهل السنة لتأويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعى فى التقدير بثلث شعرات وعلى مالك فى
اشتراطه الاستيعاب قوله وفى بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل فى آلة المسح وهو الاصابع
قيل هو ظاهر الرواية لكونها المذكورة فى الاصل فكان ينبغى ان يقول على ظاهر الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف
الاولى **قال** وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء لما فرغ من فرائض الوضوء بين سننه والسنة هى الطريقة المسلوكة
فى الدين وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق اللائمة بالترك لا لغير وسنن الطهارة اى الوضوء والاضافة للبيان واتما جمع
دون الفرض لان الفرض فى الاصل مصدر فروعى ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم فانهم
كانوا يتوضؤن من الاتوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء ان يأخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب على
يمينه فيغسلها ثلثا وان كان كبيرا لا يمكنه رفعه يأخذ عنه الماء باناء آخر صغير ان كان معه فيصب بشماله على يمينه والا يدخل
اصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه ويغسلها ثلثا ثم يدخل اليمين وقوله اذا استيقظ
المتوضى نقل عن شمس الائمة الكردرى انه شرط حتى انه اذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقى خص المص رحمه غسلهما
بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث والسنة يشمل المستيقظ وغيره وعليه الاكثرون ووجه التمسك ان الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه
الا بالغمس والغمس حرام حتى يغسل اليد ثلثا فيكون الغمس والغسل واجبين لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب
الى السنة فى الغسل لانه صلعم علل بتوهم النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط وهو
ولان البداءة بالتطهير مبناه ايضا على ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكنه ترك لان طهارة العضو حقيقة وحكما تدل على عدم
الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل وتركه وتسمية الله تعالى فى ابتداء الوضوء قال الطحاوى هو ان يقول بسم الله
العظيم والحمد لله على الاسلام هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع الى النبى صلعم واستدل بقوله صلعم لا وضوء لمن لم يسم
ووجهه ذلك ان لا لنفى الجنس فبحقيقته يقتضى ان لا يكون وضوء الا بالتسمية والى ذلك ذهب اصحاب الظواهر واحمد وجعلوا
التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا المراد به نفى الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به فان قيل لم كان كقوله صلعم لا صلوة
الا بفاتحة الكتاب وهو افاد الوجوب اجيب بان خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس كذلك لانه لو كان

كذلك لجازت به الزيادة على الكتاب وليس كذلك وبان النبى صلعم واظب على الفاتحة فى الصلوة من غير ترك دون التسمية فانه روى
ان مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله صلعم فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه فقال عم انه لم يمنعنى ان ارد عليك الا انى كرهت
ان اذكر الله الا على طهارة فربما تمسك به مالك وانكر التسمية فى اول الوضوء فقال تريد ان تذبح اشارة الى ان التسمية
فى الذبيحة دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على انه صلعم توضأ قبل ان يذكر الله وكونها سنة مختار الطحاوى والقدورى
والاصح ان التسمية مستحبة وان سماها فى الكتاب يعنى القدورى سنة لما ذكرنا ان النبى صلعم لم يواظب عليها وما روى
ان عثمان وعلى رضى الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلعم ولم ينقل عنهما التسمية وما روى انه صلعم سمى فهو من باب قوله صلعم
كل امر ذى بال لم يبدأ باسم الله فهو ابتر ويسمى قبل الاستنجاء لانه من سنن الوضوء فيسمى قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسنتها بالتسمية
وما قيل يسمى بعد الاستنجاء لان قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح لان قوله صلعم كل امر ذى بال
لم يبدأ بذكر الله يستدعى التسمية فى ابتداء الوضوء والاستنجاء لما كان ملحقا به من حيث هو طهارة استحب ان يبدأ بها وقوله والسواك اى استعماله
حذف المضاف لامن الالباس والسواك اسم لخشبة معينة للاستياك وينبغى ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان
ويقوى المعدة ويكون فى غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة لان النبى صلعم كان يواظب عليه وعند فقده كان يعالج
بالاصبع والمواظبة مع الترك دليل السنة وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث الاعرابى فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا
لعلمه ويستدل بترك التعليم على تركه دفعا للتعارض فان عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان تدافع وقوله والمضمضة والاستنشاق
لان النبى صلعم فعلهما على المواظبة يعنى مع الترك والدليل على الترك حديث الاعرابى على الوجه الذى ذكرناه وما روى عن عائشة رضى الله عنها انها حكت
وضوء رسول الله صلعم ولم تذكر المضمضة والاستنشاق وانما عرض لكيفيتهما نفيا لقول الشافعى رحمه فان عنده الافضل ان يتمضمض ويستنشق
بكف واحد لما روى انه صلعم فعل كذلك ولنا ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضاء وتأويل
ما روى انه صلعم لم يستعن باليدين كما فى غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد وقوله ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس اى لا بماء جديد
خلافا للشافعى رحمه فانه يقول هو سنة بماء جديد قال فى النهاية انتصاب خلافا جاز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله اى قولنا
هذا يخالف خلافا للشافعى او هذا المذكور فى معنى يخالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة كقوله لفلان على الف درهم اعترافا استدل
الشافعى بما روى ابو امامة الباهلى ان النبى صلعم مسح راسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الراس ووجه التمسك ان المراد بقوله
الاذنان من الراس اما ان يكون بيان الخلقة وهو صلعم غير مبعوث لذلك على انه مشاهد لا يحتاج الى البيان او بيان انهما ممسوحان كالراس
لا بماء الراس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين فى امر لا يوجب كون احدهما من الآخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما فى الغسل والخف من الراس
لاشتراكهما فى المسح واما بيان انهما ممسوحان بماء الراس وذلك يناسب الذكر عند مسح الاذنين بماء واحد فانه اذا كان من ابعاض الراس
حقيقة وحكما جاز ان يمسح بماء واحد فكذا حكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغى ان يجزى مسحهما عن مسح الراس اجيب بان كون الاذن
من الراس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت بالكتاب كما ان التوجه الى الحطيم لا يجزى لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى
البيت ثابت بالكتاب فلا يجزى عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله وتخليل اللحية لان النبى صلعم امره جبرئيل عم بذلك
قال صلعم نزل جبرئيل عم يأمرنى ان اخلل لحيتى اذا توضأت ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا انا تركنا لئلا يعارض الكتاب
وفيه نظر لانه انما لزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد اما اذا افاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة والحق ان الوجوب
يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روى عن ابى حنيفة انه قال ما روى انه صلعم اخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال بهذا امرنى ربى
لم يثبت الا مرة واحدة وعن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز ان صاحبه لا ينسب الى البدعة وهو المنقول
عن محمد كما ذكر فى الكتاب وقوله لان السنة يعنى فى الوضوء اكمال الفرض فى محله والداخل اى داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم وجوب
ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم والانف من الوجه من وجه اذ لهما حكم الخارج
من وجه والوجه محل الفرض وقوله فلو الم يفد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابى والاخبار التى حكى فيها وضوء

وبعده وهو الصحيح دون ما
قيل يسمى قبل الاستنجاء صح

اخذ لاذنيه ماء جديدا ولنا ما روى
ابن العباس رضى الله تعالى عنهما
ان النبى صلى الله عليه وسلم صح

ليس محل الفرض فى الوضوء
اجيب بان الفم والانف صح

رسول الله صلعم من غير ذكر التخليل فيها يحمله عن افادة الوجوب والوعيد معروف بما اذا لم يصل الما بين الاصابع وقوله لان النبي صلعم
توضا مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد بالقبول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تاويل وهو
من زاد على اعضا الوضو او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص عنه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث فهو
ثلثة اوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تع ولم تظلم منه شيئا اي
لم تنقص وقوله والوعيد لعدم رويته سنة اشارة الى اختياره التاويل الثالث يعني انه اذا زاد لطمانينة القلب عند الشك او بنية
وضوء آخر فلا باس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة
قيل المستحب ما يثاب على فعله ويلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار المص وتفسير النية في الوضوء هو
ان ينوي ازالة الحدث او اقامة الصلوة وهي فرض عند الشافعي قال لانها عبادة اذ العبادة فعل ياتي به المكلف على خلاف هوى نفسه
تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تع وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين
والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط فيكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم في كونهما
طهارتين للصلوة ولنا القول بموجب العلة يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا في ذلك وانما هو في ان
استعمال الما المطهر في اعضا الوضو هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحا للصلوة او لا مدخل لكونه عبادة في ذلك ويعتد
ذلك بدونها لان اعضا الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلوة ضرورة الامر بتطهيرها والما طهور بطبعه فاذا لاقى النجس طهره قصد
المستعمل ذلك او لا كالثوب النجس وكما في حق الارداء بخلاف التيمم فان التراب لم يعقل مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد
بدون النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهرا طبعا فيحتاج الى النية اجيب بان مسح الراس ملحق بالغسل لقيامه مقامه
وانتقاله اليه بعزيمة من الحرج وقوله او هو ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه قيل يعني ان التيمم ينبئ عن القصد والنية هو القصد
فلا يتحقق التيمم بدون القصد اي النية وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد لغة والقصد الذي هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد اباحة
الصلوة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول مدلول اللفظ والثاني فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الآخر وقوله ويستوعب
راسه بالمسح اي يستحب ان يستوعب راسه بالمسح على ما اختاره القدوري وقوله وهو سنة يعني على اختياره وصفة الاستيعاب
ان يبل يديه ويضع بطون ثلث اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرهما الى مؤخر
الراس ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين
ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة رضها مسح رسول الله صلعم وقال الشافعي السنة
التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضع توضأ ثلثا ثلثا
ومسح راسه مرة واحدة وقال هكذا وضوء رسول الله صلعم وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس والبراء وابي امامة الباهلي مثل
ذلك قال الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله صلعم ومن بعدهم وقد روي عن عثمان وعلي رضهما انهما حكيا وضوء
رسول الله صلعم فغسلا ثلثا ثلثا ومسحا ثلثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه اولا قال المص والذي يروى فيه من التثليث يريد به ذلك
يعني على تقدير ثبوته محمول عليه اي على التثليث بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة اذا مسح ثلثا
بماء واحد كان مسنونا فان قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا وثالثا اجيب بانه ياخذ حكم الاستعمال لاقامة
فرض آخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض الا يرى ان الاستيعاب يسن بماء واحد وقوله ولان المفروض هو المسح دليل آخر وتقريره
المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة
في الوضوء اكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحا الى كونه غسلا وقوله وصار كمسح الخف تقريره مسح الراس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح
في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف وقوله بخلاف الغسل متصل بقوله بالتكرار يصير غسلا معناه ان المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه
لا يفسده فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول فاسدا قال ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله بذكره • ويرتب معطوف على قوله

قوله ويستوعب والكلام في كونه مستحبا او سنة كما تقدم قوله فيبدا بيان الترتيب وقال الشافعي الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا
وجوهكم وايديكم الاية ووجه الاستدلال ان الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام
الى الصلوة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لانه معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب او لعدم القائل بالفصل
ولنا ان المذكور في الآية حرف الواو ويعني بعد الفاء والواو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب
فيها فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب وتحقيقه سلمنا ان الفاء للتعقيب يفيد تعقيب ما بعده لما قبله وما بعده على
جملة غير مرتبة فيفيد تعقيبها للقيام الى الصلوة ونحن نقول به وليس الكلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء والداخل فيها الواو
وهو لا يفيد الترتيب فان قيل كيف ادعى المص اجماع اهل اللغة وفيهم من يقول انه يفيد الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران اجيب
بان ابا علي الفارسي ذكر ان النحاة اجمعوا ان الواو للجمع المطلق وذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد المص على ذلك وبان خلاف
القليل لا يمنع للاجماع اللغوي وقوله والبداية بالميامن فضيلة اي مستحبة والميامن جمع ميمنة خلاف الميسرة وذكر في المغرب
ان البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلعم ان الله تع يحب التيامن في كل شئ حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل
تسريح الشعر **فصل** وتعريف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب
والباب لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدا بما ينافيه من العوارض اذ العارض انما يكون متاخرا عن المعروض والنواقض
جمع ناقضة والنقض متى اضيف الى الاجسام يراد به ابطال تاليفها ومتى اضيف الى المعاني يريد به اخراجها عما هو المطلوب به والمطلوب
منها من الوضوء استباحة الصلوة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به كل ما خرج من السبيلين
اي خروج كل ما خرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف تصحيحا للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح
وانما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي صلعم في قوله لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلث واحترازا عن عبارة الفلاسفة
فان المتقدمين استنكفوا عن ذلك الى ان نشا الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر
والقبل فان الوضوء لا ينتقض به في اصح الروايتين اجيب بانه مخصوص من العموم لان الريح لا ينبعث من الذكر وانما هو اختلاج
والقبل محل الوطي ليس فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها وهو في نفسه طاهر عند المص على ما سيجي ووجه الاستدلال بقوله تع
او جاء احد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض ينتهي اليه الانسان عند ارادة قضاء الحاجة تسترا ان الله تع
رتب وجوب التيمم على المجي من الغائط حال عدم الماء وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وارادة الملزوم
والترتب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا ان البدل لا يخالف الاصل في السبب لا يقال قد تقدم ان الحدث
شرط للوضوء فكيف يكون علة لنقضه لانه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما وقوله وكلمة ما عامة تتناول المعتاد
وغيره نفي لقول مالك رحه فانه يقول لا وضوء لما يخرج نادرا كالحصاة والدود ودم الاستحاضة متمسكا بان الله تع كنى بالغائط على الحدث
المعتاد عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا قلنا تقييد بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما قال والدم
والقيح اذا خرجا من البدن • خروج النجس من بدن الانسان الحي ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة
وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضهم وقيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة
ما لم يوصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن بدن الحي كما ذكرنا فانها ان خرجت من بدن الميت بعد غسله
لا توجب اعادة غسله بل توجب غسل ذلك الموضع على ما سياتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما يبدو ولم يتجاوز فانه
لا يسمى خارجا فكان تفسيرا للخروج ورد الماطي زفر رحه ان البادي خارج حتى لو ورد لم يسل نقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض
للوضوء وقوله يلحقه حكم التطهير والمراد ان يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الراس الى قصبة الانف انتقض الوضوء
بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الانف وصلت الى ذلك
اذ الاستنشاق فرض في الجنابة وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلعم انه قاء فلم يتوضأ

ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدى اى امر تعبد بانه كلفنا الله به من غير معنى معقل اذ العقل انما يقتضى وجوب غسل موضع اصابة النجاسة
فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد والباقى تعبدى يجوز ان يكون للتشبه ويجوز ان يكون للمبالغة كما جرى فى احرم ويجوز ان يكون معناه ام
تعبدى لان القياس يقتضى وجوب غسل كل الاعضا كما فى المنى بل بطريق الاولى لان الغائط انجس من المنى للاختلاف فى نجاسته دون
الغائط فالاقتصار على الاعضا الاربعة امر تعبدى ولنا قوله صلعم الوضوء من كل دم سائل خرجه الدارقطنى ووجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب
يفهم منه الوجوب كما فى قوله فى خمس من الابل شاة ولا خلاف فى فرضيته وقوله صلعم الماء من الماء ولا خلاف فى وجوب الغسل بسبب خروج المنى
فكان معناه توضؤا من كل دم سال عن البدن وانما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه اكد فى الدلالة على الوجوب كانه امر فامتثل امره فاخبر عن ذلك
وهو آية كونه واجبا فان الآمر اذا كان ممن لا يكذب فى كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر تاكيدا للطلب لان فى تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف
فى موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز ان يكون المراد به الوضوء اللغوى قلنا ذاك مجاز شرعى ولا يترك الحقيقة الشرعية فى كلام الشارع بلا دليل
وقوله صلعم من قاء او رعف فى صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم رواه ابن ابى مليكة عن عائشة عن النبى صلعم ذكره الرازى فى شرح
الطحاوى يقال رعف اذا سال رعافه قال المطرزى وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك من اوجه احدها الامر بالانصراف وهو ابطال
العمل المنهى عنه المفضى الى التناقض المستحيل على الشرع فان قيل جاز ان يكون الامر بالانصراف لازالة نجاسة اصابت ثوبه او بدنه من
الرعاف اجيب بان الامر بالبناء يأباه فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق والثانى الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء
اللغوى مدفوعة بما تقدم فى الحديث الاول لا يقال البناء غير واجب بالاتفاق فكذا ما عطف عليه لان القران فى النظم لا يوجب القران
فى الحكم الا ترى الى قوله تع كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة والثانى للوجوب واذا جاز ذلك فعكسه اولى لانه اتباع
الضعيف للقوى قوله ولان خروج النجاسة اثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس والمص ظهر عن حذق عظيم مع وجازة
اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس فلا علينا ان نذكر اجمالا فنقول القياس ابانة مثل حكم احد
المذكورين بمثل علته فى الآخر فالمذكور الاول هو الاصل والثانى هو الفرع وشرطه ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة
خزيمة وان لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصوم مع الاكل ناسيا وان يتعدى الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره
ولا نص فيه واما معرفة تفاصيل ذلك وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه اصول الفقه اذا عرف هذا فنقول فاما الاصل فيما نحن فيه
فهو الخارج من السبيلين اعنى الغائط وهو يشتمل على معنى معقول وهو ان لخروج النجاسة اثرا فى زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بعقد
الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار ان الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزى وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار
على الاعضا الاربعة واما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين لان علماءنا رحمهم الله اعتبروا واستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه
نجسا خارجا من بدن الانسان من قوله تع او جاء احد منكم من الغائط وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور اثره فى جنس الحكم المعلل
وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك فى الخارج من غير السبيلين فعدوا الحكم الاول اليه وتعدى الحكم
الثانى وهو الاقتصار على الاعضا الاربعة ايضا ضرورة تعدى الاول لانه لو لم يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس
فان قيل التغير واقع لان مجرد الخروج مؤثر فى الاصل واعتبرتم فى الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير اجاب المص بقوله ثم
ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملاء الفم فى القئ فان قيل قد ذكرتم ان من شروط القياس ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه
بنص آخر ولا نسلم وجوده فى محل النزاع لما روى انه صلعم قاء فلم يتوضا فانه يدل على ان قوله تع او جاء احد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو
نقض الطهارة فالجواب ان ذلك محمول على القليل كما ذكر فى الكتاب ويجاب عما لو قيل ومن شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه
وقد رويتم فيه حديثين بان ذلك الشرط ليس بمتفق عليه لجواز ان يكون اختيار المص خلافه وللسائل ان يقول قد ذكرتم ان الاصل يشتمل
على معنى معقول ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغير المفسد لتعدية المعقول فهلا تركتم غير المعقول
وجعلتم المعقول تبعا فى ذلك والجواب من وجهين احدهما ان الاول معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتبار الشرع حدثا والثانى
مشروع فقط فجعله تابعا للاول اولى من عكسه لا محالة والثانى ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند تكرره فى غسل جميع البدن

البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر على الاعضا الاربعة تيسيرا علينا فكان الثانى من ضرورات الاول فكان تابعا له وعرف ملاء الفم
بما ذكر فى الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان منع من الكلام فهو ملؤه والا فلا وفرق بين الملاء وغيره لان الفم تجاذب
فيه دليلان احدهما يقتضى كونه ظاهرا والآخر يقتضى كونه باطنا حقيقة وحكما اما الحقيقة فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه يبطن
واما الحكم فلان الصائم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه كما اذا سال الماء على ظاهر جلده فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه
لا يفسد صومه ايضا كما اذا انتقل من زاوية من بطنه الى اخرى فكان باطنا فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا اكثر ينتقض
لانه يخرج غالبا حيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا واذا قل لا ينتقض فيصير تبعا للريق والبصاق
بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا فان قيل عرف المص ملاء الفم ثم استدل عليه والتعريف لا يستدل عليها فالجواب ان
قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملؤ الفم ان يكون بحال الى آخره بل هو دليل لقوله وبملاء الفم فى القئ قوله وقال زفر قليل القئ
وكثيره سواء قال زفر لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا بما دل عليه من الدليل وجب ان يستوى فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين
وهو قياس ظاهر ولقوله صلعم القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن على عن بعض ابائه عن رسول الله صلعم ذكره ابو بكر
الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى ووجه الاستدلال ما ذكر عن الخليل انه قال القلس ما خرج من الفم ملاء الفم او دونه وانما
قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لان الخصم معترف بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان اقطع فى الالزام ولنا
قوله صلعم ليس فى القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا اى ليس فى القطرة والقطرتين بالقوة من الدم وضوء لكن
اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه لا وضوء فى الدم القليل لكن فى الكثير وضوء وهو السائل فالاستثناء منقطع لان
الحقيقة ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا فان قيل لا نم
ان الحقيقة ليست بمرادة لجواز ان يكون المراد منه قطر الدم من راس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير
فالجواب ان هذا المنع لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر قوله وقول على رضى حين عد
الاحداث جملة او دسعة اى دفعة من القئ استدلال بالاثر والظاهر انه قال سماعا من النبى صلعم قوله واذا تعارضت الاخبار
يعنى ان الاصل فى الدليلين المتعارضين ان يعمل بهما ان امكن والا يرجح احدهما ان امكن وان لم يمكن يتهاتران فيصار الى القياس وان
تعارض القياس يعمل المجتهد بايهما شاء وفى مسئلتنا هذه تعارض ما رواه الشافعى من قوله صلعم قاء فلم يتوضا وما رواه زفر من قوله
القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه الشافعى على القليل وما رواه زفر على الكثير وذلك لان القئ ملاء الفم من كثرة الاكل ورسول
الله صلعم كان عن ذلك بمعزل قوله والفرق بين المسلكين اى المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتبار غير المعتاد بالمعتاد
بينا وجهه قوله ويعتبر اتحاد الخروج الخ فلا يعتبره طرفا متفرقا بحيث لو جمع لملا الفم فعند ابى يوسف يعتبر اتحاد المجلس لان له اثرا فى
جمع المتفرقات ولهذا يتحد الاقوال المتفرقة فى النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس وكذلك التلاوات المتعددة لاية
السجدة تتحد باتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد
فيتحد باتحاده الا ترى انه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف وتفسير الاتحاد فى الغثيان
ان يقئ ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن
ابى يوسف وهو مروى عن ابن عمر ذكره فى الجامع الكردرى وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اختاره المص واحترز بقوله هو الصحيح
عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا اخذه بقطنة فالقاه فى الماء لا ينجس الماء عند ابى يوسف
خلافا لمحمد وقول ابى يوسف ارفق خصوصا فى حق اصحاب القروح ووجه الصحة ما ذكره فى الكتاب بقوله بانه ليس بنجس حكما حيث
لم ينتقض به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس من بدن الانسان الحى يستلزم كونه حدثا فعند انتفاء اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم
وفى كلامه نظر من وجهين احدهما الضمير فى قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم ينتقض به الطهارة ليس بحدث فكان معنى
كلامه لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب والثانى انه لا يستدل بعدم نقض الطهارة

على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز ان يكون لكونه غير خارج لا لكونه غير نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف
النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر والجواب عن الاول ان تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما وقوله حكما اشارة الى ان النجس هو ما يحكم الشرع بنجاسته والشرع لم يحكم بنجاسته لان حكمه
بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في
محله فان من صلى وهو حامل سخلة او بيضة حال مح‍ها دما جازت صلوته فكان انتفاء الخروج مستلزما لانتفاء النجاسة ونوقض بدم
الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انتقاض الطهارة
بملء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه طعام فاما ان نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول
غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة وكذا الثاني عندهما خلافا لابي يوسف له انه نجس بمجاورة ما في المعدة من النجاسة
وقد خرج الى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل
والقليل في القيء غير ناقض فان قيل ينتقض ببلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسئلة
ولئن سلم فالفرق بينهما ان البلغم ما دام في الباطن يزداد ثخانة فيزداد لزجة فاذا انفصل لزجه اذ زادت رقته فجاز ان يتخلل النجاسة
ولم يذكر ما اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم والا فلا ولو قاء دما فاما ان يكون
متجمدا وهو العلق او مائعا فان كان الاول يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة تخرج من المعدة والخارج حدث اذا كان ملء الفم وان
كان الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه قيل وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء وعندهما ان سال بقوة
نفسه نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك
السيلان فكذلك ههنا ذكر في مبسوط شيخ الاسلام ان قول ابي يوسف في هذه المسئلة مضطرب منهم من جعله مع محمد ومنهم
من جعله مع ابي حنيفة واختاره المصنف وقوله لو نزل الى ما لان اي الذي لان من الانف يعني الارنبة فان قيل حكم هذه المسئلة
قد علم من قوله في اول الفصل والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا اجيب
بان ذكره ههنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما من ذلك اذا وصل الدم الى قصبة الانف وانما ذكر ههنا بيانا لاتفاق اصحابنا لان
عند زفر لا ينتقض بوصوله الى قصبة الانف وانما ينتقض اذا وصل الى ما لان واليه اشار بقوله بالاتفاق وقوله لوصوله الى
موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج
من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما والنوم مضطجعا سواء كان يضع احد جنبيه على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع
سبب الاسترخاء للمفاصل فلا يخلو عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن الا يرى ان من دخل المستراح ثم شك في
وضوئه … لان العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالبرز بخلاف ما اذا شك بدون الدخول وكذلك النوم متكئا اي على احد
وركيه والاتكاء افتعال من وكأ معتل الفاء مهموز اللام مقدر لا يستعمل فابدل التاء في الاتكاء من الواو اذ الاصل اوتكاء فان
التاء تبدل من الواو في افتعل وغيره لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي يكون لليقظان وكذلك الاستناد
الى شيء كجدار او حائط بحيث اذا ازيل سقط وهو ليس من اصل رواية المبسوط وانما هو مما اختاره الطحاوي لان الاسترخاء
يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط المروي عن ابي حنيفة لا ينتقض وضوءه على كل حال لان مقعده
مستقر على الارض فيأمن من خروج شيء منه وقوله بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة يعني اذا كان على هيئة
سجود الصلوة من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان بخلافه فينتقض وقوله وغيرها هو الصحيح احتراز عما
ذكر ابن شجاع انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال اذا كان في الصلوة فاما اذا كان خارج الصلوة فهو حدث والذي صحح هو ظاهر الرواية
لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلا يتم الاسترخاء واذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا لخروج شيء عادة فلا يقام
مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب اما اذا لم يغلب فلا لانه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث

قال

الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك والاصل فيه اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلعم
لا وضوء لمن نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا
الى ابن عباس عن رسول الله صلعم فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على ابي العالية وهو ضعيف عند النقلة نقل عن ابن
سيرين انه قال حدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عن احد اي لا يبالي ان يروي عن كل احد اجيب بان ابا العالية
ثقة نقل عن الثقات كالحسن وابرهيم النخعي والشعبي وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد اسند
هذا الحديث الى ابن عباس ووجه التمسك من هذا الحديث من اوجه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني اثباته
على من نام مضطجعا مؤكدا بانما فان قيل انما للحصر ولا حصر ههنا لان الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا بل هو واجب على المستند والمتكي
كما مر اجيب بانا لا نسلم انه للحصر بل هو للتاكيد ولئن سلمنا فصيغته افادت الحصر في المضطجع والمتكي والمستند يلحق به بطريق الدلالة
والثالث التعليل وهو قوله فاذا نام استرخت مفاصله فانه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا
لعدم الاسترخاء على وجه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قيل معنى قوله استرخت مفاصله بلغ الاسترخاء غايته لان
اصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائما فلا يتم … ناقض اول الحديث … وربما يشير الى هذا قوله من قبل لان بعض الاستمساك باق
وقوله فلا يتم الاسترخاء قال والغلبة على العقل بالاغماء والجنون • والجنون مرفوع عطفا على قوله والغلبة والجر خطأ لان العقل
في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف القوى
ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ وقوله لانه اي لان كل واحد من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا في
الاسترخاء لان النائم يتنبه بالتنبيه دونهما والاغماء حدث في الاحوال كلها يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود
الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المقعد عن الارض ووجود اصل الاسترخاء ولكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله صلعم
لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من ان لا يكون ادنى الغفلة ناقضا
ان لا يكون اعلاها ناقضا والشك لا حاصل به في المشية تمايل كالاغماء قيل لم يعلل المص للجنون ومن المشايخ من علله بغلبة
الاسترخاء ورد بان الجنون قد يكون اقوى من الصحيح والاولى ان يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتمييز الحدث من غيره
وقوله والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود احتراز عن صلوة الجنازة وكلامه واضح ولنا قوله صلعم الا من ضحك منكم الحديث
رواه ابو حنيفة عن منصور بن زاذان عن الحسن عن معبد الجهني ان النبي صلعم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي في
بصره سوء اي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلوته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه اسامة بن
زيد عن ابيه ورواه ابو العالية مرسلا ومسندا الى ابي موسى الاشعري وبمثله اي بمثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة
والتابعون وكان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي موسى يترك القياس قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في
مسجد النبي صلعم ركية فكان موضوعا واجيب بانه ليس في خبر الجهني انه كان يصلي في المسجد فيجوز ان يكون في الموضع الذي كان
يصلي فيه ركية وراوي المسجد كابي موسى واسامة ثقة وهو مثبت فهو اولى وقيل لا يصح من وجه آخر وهو انه لا يتوهم على اصحاب
رسول الله صلعم الضحك في الصلوة قهقهة والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من
المنافقين والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله والا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغائر بمعصومين
ولا عن الكبائر على تقدير كونه كبيرة قوله والاثر ورد في صلوة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى صلوة الجنازة
وسجدة التلاوة وصلوة الصبي وصلوة الباني بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلوة النائم فان الوضوء لا ينتقض
في جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم لانه ليس بمفسد للصلوة ولا للوضوء فليس له ههنا مدخل
قال جابر بن عبد الله رضي ما رأى رسول الله صلعم الا تبسما ولو في الصلوة قال والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء •
الدودة التي تنشأ في البطن اذا خرجت من الدبر تنقض الوضوء والذي تنشأ في الجرح اذا خرجت منه او لحم سقط منه

لم تنقض لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو غسلت جازت الصلوة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك قليل وهو حدث
في السبيلين دون غيرهما فاشبه الخارج من الجرح الجشا في عدم النقض والخارج من الدبر الفسا في نقض الوضوء به قيل انما فسر
الدابة بالدودة لان الدابة ما يدب على الارض فربما يتوهم ان المراد دابة يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فانه لا ينقض ففسر
بيانا لذلك وقيل قد تقدم في كلام المص ان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال ههنا لان النجس ما عليها وذلك ناقض
واجيب بان ما تقدم كان على قول ابي يوسف ويجوز ان يكون هذا على قول محمد او اطلق النجس بطريق الفرض يعني لو كان ثمة نجس فهو
ما عليها وهذا ليس بصحيح لان تقدير الشرطية ان كان على هذا الوجه لكن ثم نجس فيكون ما عليها لم يستقم في الجرح لان ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقم في الدبر
لانه نجس وحدث والاول صواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة فانه لما كان بالنسبة الى الدبر
نجسا ذكر في الجرح بلفظ النجس قوله بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة متصل بالفسا يعني انه ناقض بخلاف الريح الخارجة
من قبل المراة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي التي صار سبيلاها واحدا يستحب
لها الوضوء لاحتمال ان يكون فسا واختلف في ان عين الريح نجس ام تتنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما لو خرج
منه الريح وعليه سراويل مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال تتنجس السراويل ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما لو مرت
الريح بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فانه لا يتنجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا ينبغي ان يكون الوضوء واجبا
واجيب بان كونها متوضئة ثابت بيقين واليقين لا يزول بالمحتمل كالشاك في الحدث وقال ابو حفص الكبير يجب
عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد رحمه الله وقيل ان كانت منتنة يجب والا فلا وقوله نفطة قشرت في لونها الحركات
الثلث وهو قرح يخرج باليد ملآن ماء من قولهم انتفط فلان اي امتلا غضبا فاذا قشرت فاما ان يسيل الماء عن راس الجرح
اولا وسماه جرحا لان قشرها جرح لها فان كان الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما اعاد هذه المسئلة
وان كانت تعلم بما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج او ليعلم ان حكم الماء حكم غيره لان الماء لم يذكر من قبل فربما كان
يتوهم ان الماء ليس كغيره وهذه الجملة يعني قوله ماء او صديدا او غيرهما وقوله اي هذا اي الذي ذكر انه اذا سال
نقض الماء وهو اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لا تنتقض لانه مخرج وليس بخارج
وهذا اختيار بعض المشايخ اختاره المص وقال غيرهم ينقض قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم
الاخراج ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته
غير قصدي ولا معتبر به

فصل في الغسل

يعني الفصل ظاهر في اللغة وقد تقدم تعريفه بانه طائفة من المسائل الفقهية
تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعده نون والا فلا وانما ذكر فصل
الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر ولان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل واقتدا بكتاب الله تع
فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو في قوله وفرض الغسل اما للاستيناف واما واو المختصر للعطف على قوله فرض
الوضوء والغسل اسم للاغتسال وهو غسل تمام الجسد قوله وغسل سائر البدن اي الباقي وقوله صلعم عشر من الفطرة اي السنة قيل
خمس منها في الراس وخمس في الجسد فالتي في الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتي في الجسد
الختان وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجا بالماء ولنا قوله تع وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب
يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذي هو الاجناب وقوله فاطهروا اي اغسلوا ابدانكم
على وجه المبالغة وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لما في غسلهما
من الضرر والاذى وبهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بان كحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما
ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة قوله بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعي الغسل بالوضوء لان

لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما اي محل المضمضة والاستنشاق معدومة وقوله والمراد بما روي حديث
الشافعي يحمله على الوضوء بدليل ما روى ابن عباس وجابر انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء قال وسنته ان يبدأ الغسل
● سنن الغسل ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه قال في النهاية وهو منقول عن الامام
حميد الدين الضرير رحمه الله وانه اصح وفي بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما ان يكون للعهد او الجنس لا وجه للاول
لان كلمة الشك تاباه فان العهد يقتضي التقرر اما ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون النجاسات كلها في بدنه محال واقلها
وهو الجزء الذي لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك في الكتاب بقوله كيلا تزداد باصابة الماء وهذا التعليل الذي ذكرناه
لا يزداد عند اصابة الماء قال الا ان الرواية بالالف واللام قد ثبتت في النسخ فوجهه ان يحمل على تحسين النظم وقال بعض
الشارحين انما يتعين التنكير اذا انحصر اللام في التعريفين وليس كذلك لجواز ان يكون اللام لتعريف الماهية وليس بشيء لان
الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج فاما ان يوجد في الاقل او غيره وذلك فاسد لما مر وقوله ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه
احتراز عما روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الجنب يتوضأ ولا يمسح راسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد فذلك
يعدم معنى المسح بخلاف سائر الاعضاء لان التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك دفعا
لما يتوهم ان المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين فانه قد يسمى وضوءا وقوله بعد ازالة النجاسة تكرار واعادة لبيان التعليل والظاهر
انه اراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو المني الرطب فان ميمونة رضها قالت توضأ رسول الله صلعم وضوءه للصلوة
غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى وقوله وليس على المراة ان تنقض ضفائرها وبلها اما نقضها فليس بواجب اذا
بلغ الماء اصول الشعر بالاتفاق لقوله صلعم لام سلمة حين قالت يا رسول الله اني امراة اشد ضفر راسي فانقضها اذا اغتسلت
اما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك لا يقال خبر واحد فلا يجوز به الزيادة على قوله تع فاطهروا لان الشعر ليس من كل وجه من البدن
والامر بالتطهير له ولان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين واما بلها فكذلك في الصحيح لما مر من الحرج وقوله في الصحيح احتراز
عما روى الحسن عن ابي حنيفة انها تبل ذوائبها ثلثا مع كل بلة عصرة ليبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لا حرج في
ايصال الماء الى اثنائها وفي تخصيص المراة اشارة الى ان حكم الرجل بخلافها قال في المبسوط الرجل اذا ضفر شعره كما يفعله
العلويون والاتراك بل يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر وظاهر الحديث يدل على انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب قال
والعلل الموجبة للغسل ● اي العلل الموجبة واختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء قال في النهاية هذه معان موجبة
الجنابة لا الغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر في مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال ارادة ما لا يحل
فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ ورد بان الغسل يجب اذا وجد احد المعاني المذكورة سواء وجدت الارادة او لم توجد
وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابة واورد عليه الحيض والنفاس لو زيدا وما في معناها لا يندفع وعلى هذا يكون المعاني
الموجبة علة العلة قوله انزال المني على وجه الدفق والشهوة قيل هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابي يوسف لاشتراطه
الدفق والشهوة حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل اذا زال الماء عن مكانه
عن شهوة وان خرج من غير دفق ورد بانه مستقيم على قولهم فان خروج المني على هذا الوجه يوجب الغسل بالاتفاق واما ان
يجب الغسل اذا زال المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس في كلام المص ما ينافيه ولا الحصر على الاول وهذا جيد
لكن كلام المص يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها وربما يبين وقوله ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد بعض بيان
وقال الشافعي خروج المني كيف ما كان يعني سواء كان بشهوة او بحمل ثقيل او سقطة من مرتفع او غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلعم
الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تع وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب في اللغة من خرج
منه المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المراة فالامر بالتطهير يتناول من خرج منه المني على وجه الشهوة وغيره
ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به وقوله المراة قيل انما ذكره لئلا يخرج فانها شهوة البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل

ذكره اتفاقا لوجوبه على المحتلم وقيل الجنابة في اللغة موضوعة لذلك والمحتلم وجب عليه الغسل لحديث ام سليم في بعض
الفاظها انها لما سالت النبي صلعم عن المراة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه اتجد لذلك لذة قالت نعم فامر
فلتغتسل الحديث يعني قوله الماء من الماء محمول على خروج المني عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الماء يتناول المذي
والودي وليس فيه غسل بالاجماع فيراد به الخصوص ويحمل على حالة الشهوة لحديث ام سليم وقوله ثم المعتبر ظاهره وثمرته تظهر فيمن
امسك ذكره بعد الانفصال بشهوة عن مكانه حتى سكنت الشهوة ثم تركه حتى خرج المني من احليله بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافا
لهما هو قاسا الخروج بالمزايلة على الخروج بجامع تعلق الغسل بهما ولهما انه متى وجب من وجه معتادا ذكرنا ان للشهوة
مدخلا في وجوب الغسل وقد وجدت في حالة وهو الانفصال دون الاخرى وهو الخروج فبالنظر الى الاولى يجب وبالنظر الى الثانية
لا يجب والباب باب العبادة فيوجب احتياطا وقد وقع في النهاية في بيان ذلك ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد والظاهر
انه سهو لانه لو كان كذلك لارتفع النزاع فان قيل دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج الريح من المفضاة
اجيب بان جهة الوجوب ههنا راجحة لان الموجب اصل اذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة
من العوارض النادرة فلا معتبر به وقيل قوله قياس وقولهما استحسان والخائف من الريبة ياخذ بقول ابي يوسف وقوله
والتقاء الختانين الختان موضع القطع من الذكر والانثى ومن عادتهم اختتان الانثى وقوله من غير انزال ليس بشرط
لوجوب الغسل فانه لو انزل وجب بالاجماع وانما ذكره نفيا لقول الانصار فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال
واستدلوا بظاهر قوله صلعم الماء من الماء ولنا قوله صلعم اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل
وهذا مفسر في هذا المعنى لا يقبل التاويل ولا منافاة بين الحديثين فيعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابة تثبت بانفصال المني
عن شهوة بقوله الماء من الماء كما ذكرنا من تاويله وبالايلاج في الآدمي بقوله اذا التقى الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في التيمم
بتاييد الله وفي قوله وتوارت الحشفة اشارة الى ان مجرد التلاقي لا يوجبه ولكن لا يوجب الوضوء وعندهما خلافا لمحمد والحشفة
ما فوق الختان من راس الذكر وقوله ولانه سبب للانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب
ظاهر يقام السبب الظاهر مقام ذلك الامر الخفي ويترتب عليه الحكم وههنا التقاء الختانين سبب للانزال ونفس الانزال الذي
يترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المترك وقد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام الانزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب
عليها القصر في السفر والالتقاء مجاز للايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من
الدبر قضاء الشهوة من القبل لما يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم الى ان محاذاة الامرد في الصلوة
يفسد صلوة غيره كالمراة ويجب على المفعول به احتياطا اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما فلانهما يوجبان فيه الحد الذي الاحتياط
في تركه فلان يوجبا الغسل الذي الاحتياط في وجوبه اولى واما عند ابي حنيفة رحمه فلانه يحتاط في الحد فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه
والاحتياط في كل باب بما يناسبه وقوله بخلاف البهيمة وما دون الفرج متصل بقوله فيقام مقامه اي يقام سبب الانزال مقام
في السبيلين في الآدمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الفرج وهو التفخيذ
والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل ايضا لنقصان السببية اذا لم ينزل قال والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن • اختلف الشارحون
في تفسير كلامه فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه في معنى الجنابة من حيث المنع عن الصلوة والقراءة
ودخول المسجد ومنهم من حمل على ان معناه ان الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل
والخروج عن الحيض مستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة وعزي هذا الى الامام حميد الدين وفي الكل نظر اما في الاول
فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان الدم لا يصح ان يكون سببا للمعنى واما في الثاني فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب
الاطهار ولا ملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع ووجود الانقطاع بعده فكان احدهما عن الاخر فلا ملازمة بينهما على انه
لا يجب الا عند انقطاعه بقيد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز ان

ان تعالى معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان يوجب تطهير جميع البدن واكتفى
بالاعضاء الاربعة فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فبقي على الاصل كخروج المني فكان مجازا بالحذف من باب واسأل
القرية اذ لا يلتبس ان نفس الدم لا يوجب شيئا ووجه التمسك بقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى
القربان فلانه تعالى مد حرمة القربان الذي كان حلالا الى الاغتسال فينبغي ان ينتهي الحرمة ويكون مامورا به ولهذا كانت حرمة مؤبدة
وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وبقوله فاتوا حرثكم انى شئتم واما بالنسبة الى الصلوة فلان
الاغتسال لما صار شرطا لحل القربان بهذه الآية مع ان الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة
من الصور فلان يشترط الاغتسال لحل الصلوة والحال انها شرطها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائما اولى واما النفاس فا
الاغتسال فيه بالاجماع قوله وسن رسول الله صلعم بيان للغسل المسنون نص يعني القدوري على السنة يعني في هذه الاربعة وقيل هذه
الاربعة مستحبة يدل على ذلك تسمية محمد الغسل يوم الجمعة في الاصل حسنا وهو اقوى اسم حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله صلعم من اتى منكم
الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر رضهما ولنا قوله صلعم من توضا يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل رواه سمرة بن جندب
وقوله فبها ونعمت اي بالسنة اخذ ونعمت الخصلة هذه اي بهذا الحديث يحمل ما رواه مالك على الاستحباب توفيقا بينهما او على النسخ
بدليل ما روي عن عائشة وابن عباس رضهما قالا كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب
السمك فكان يتاذى بعضهم برائحة بعض فامروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم وقوله
الصحيح احتراز عن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعة لليوم لاظهار الفضيلة قال صلعم سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة
فضيلتها انها تؤدى بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وسيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلوة فيه وفائدة الاختلاف
تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم احدث فتوضا وصلى الجمعة فانه ليس بمقيم للسنة عند ابي يوسف خلافا للحسن ووقع في بعض الروايات
ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام
فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى قوله وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله صلعم كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه ابو داود
باسناد صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضوء اجيب بانهما يشابهان المني فذكرهما في
فصل الغسل والاوجه ان يقال انما ذكره ههنا لان احمد يقول بوجوب الغسل في رواية فذكرهما ههنا نفيا لما يقوله فان قيل
اذا كان حكم الوضوء كان ذكره مستغنى عنه بالكلية لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين اجيب بان ذكره للتاكيد وقيل ذكره
تصريحا للنفي لقول مالك فانه لا يقول بوجوب الوضوء لهما فان قيل نقض بالودي غير مقصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه ما يخرج
على اثر البول وقد وجب الوضوء بالبول فلا يجب بالودي بعده اجيب باجوبة منها انه اذا بال فتوضا ثم اودى فانه يجب عليه
الوضوء ومنها ان به سلس البول اذا توضا للبول ثم اودى حال بقاء الوقت ينتقض طهارته ومنها ان الوضوء يجب في الودي
لو تصور الانتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما اثر عن عائشة وانما اراد بها مني الرجل خاصة لان مني المراة ليس خاثرا ولا ابيض
وانما هو رقيق اصفر كما جاء في الحديث وليس يتكسر منه الذكر والتعريف الجامع لمني الرجل والمراة ان يقول ماء دافق يخرج من بين صلب
الرجل وترائب المراة

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

معنى الباب في اللغة النوع وقد يعرف
بانه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقب باب كذا ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة
وهو الماء المطلق الطهارة من الاحداث غليظا كان الحدث او خفيفا جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار وماء
البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله صلعم الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث ووجه التمسك ان الله تعالى ذكر الماء في الآية
مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يقال الآية تدل على ان الماء المنزل من السماء
طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى قال الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء
ماء فسالت اودية بقدرها وسياق الكلام على الحدث وذكر الاحداث ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث ايضا تحصل بهذه المياه

لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك ولا يجوز بما اعتصر بالعصر على انهما موصوله بكذا المسموع قوله لانه ليس بماء مطلق لانه عند الاطلاق
لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا في بيت انسان ماء بئر او بحر او عين وما اعتصر من شجر او ثمر فقال هات ماء لا يسبق الى ذهن المخاطب الا
الاول ولا نعني بالمطلق والمقيد الا هذا والحكم وهو الطهارة عند فقده اي فقد الماء المطلق منقول الى التيمم قال الله تعالى فلم تجدوا ماء
فتيمموا قوله والوظيفة الخ جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر او الثمر وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق وهو
ان الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس
وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقية فانها معقول المعنى لوجود احساس فجاز فيها الالحاق على قول ابي حنيفة
وابي يوسف ولقائل ان يقول سلمنا انه لا يمكن التعدية بطريق القياس فليلحق بالدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط فيها
والجواب ان سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لان الماء مبذول عادة لا يبالى بخبثه وسائر المائعات ليس كذلك فان قلت
فكيف الحقته به في النجاسة الحقيقية قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعنى فان قلت من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معنى
الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة والماء والمائع سيان في ذلك
وكون الماء مبذولا لا مدخل له في ذلك قلت انهما سيان في ازالة النجاسة الحقيقية او مطلقا والاول مسلم وليس الكلام فيه
والثاني ممنوع قوله وفي الكتاب يعني مختصر القدوري وقوله فاخرجه عن طبع الماء كالتغيير لقوله غلب عليه غيره وقوله كالاشربة
الخ ان اراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الرمان والحماض وبالخل الخل الخالص كان نظير المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء
الباقلي والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره فكان فيه صنعة اللف والنشر وان اراد بالاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد
المخلوط به وبالخل الخل المخلوط بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره والباقلا اذا شدد فهو مقصور واذا خفف
فممدود وماء الزردج ما يخرج من العصفر المنقوع وقوله ما تغير بالطبخ قيل المراد بالتغير الثخونة فانه يصير مرقا وقوله فغير احد اوصافه
التي هي اللون والطعم والريح اشارة الى انه اذا غير الوصفين لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول من الاساتذة
انه يجوز حتى ان اوراق الاشجار وقت الخريف يقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم والرائحة ثم انهم يتوضؤون
منها من غير نكير وكذا اشار في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا فلا يجوز
فان قيل قد تقدم من قول النبي صلعم الماء الا ما غير لونه او ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير احد الاوصاف اجيب
بان معنى قوله صلعم لا ينجسه شيء نجس وكلامنا في المختلط الطاهر وقوله اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق اي في عدم جواز التوضي
بهما والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وسنذكر حكمه وقوله هو الصحيح لانه خالطه طاهر فغير احد اوصافه كماء
الزعفران واعلم ان ما ذكر في المختصر ان كان على اطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف
خلاف وان كان المراد به ما اذا كان مغلوبا باجزاء الزردج فلا خلاف بينهما والامام الناطفي والامام السرخسي اختار المروي
عن ابي يوسف وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق
بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا من المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البئر والعين من هذا
القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم فبقي الاعتبار للخالط ويعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت اجزاء
الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به وان كانت اجزاء المخلوط غالبة بان صار ثخينا زال رقته الاصلية لم يجز وقوله
هو الصحيح نفي لقول محمد فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المختلط بالماء اما ان يكون لونه كلون
الماء او لا فان كان الثاني كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون الماء جاز الوضوء به وان غلب لم يجز وان كان
كالبطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الاجزاء وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء
حقيقية اذ وجود الشيء المركب باجزائه فكان اعتبارها اولى وقوله بعد ما خلط به غيره انما قيد به لان الماء اذا طبخ وحده وتغير به
جاز الوضوء به وقوله الا اذا طبخ فيه استثناء من قوله لا يجوز التوضي به وانما جاز بذلك لان السنة وردت به في غسل الموتى بالماء

بالماء الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به اراد
بالماء ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم لذكره ذلك بعد هذا وقد وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة او كثيرا وهو
لفظ القدوري وتوجيه الاولى ان يقال شبه فعيلا بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول في حذف علامة التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة
الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا ينجس الماء عنده اذا لم يتغير اثره وقوله كثيرا مستدرك لان
قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير اولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة
لا يجوز الوضوء به والقليل هو ما يكفي للوضوء والغسل كذا قيل وقوله قليلا احتراز عن قول مالك وقوله كثيرا احتراز عن قول الشافعي
فان مالكا يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلعم الماء طهور لا ينجسه شيء
الحديث والشافعي يجوزه اذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطربت اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلة خمس قرب كل قربة
خمسون منا وقيل ثلثمائة من تقريبا لا تحديدا وقيل جرة يحمل من اليمن يسع فيها قربتان وشيء ولنا حديث المستيقظ
من منامه وهو قوله صلعم اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا ووجه التمسك به انه لما
ورد النهي عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فلحقيقة النجاسة اولى ان يكون نجسا وقوله صلعم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا
يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه صلعم نهى عن الاغتسال وانه
لا يغير احد اوصاف الماء بيقين واما على قول الشافعي فلانه نهى عن البول في الماء الدائم ومطلق النهي يقتضي التحريم
لا سيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كان كسكب الماء فيه وهو ليس بمحرم ولم يفصل بين دائم ودائم فكان القلتان وغيرهما سواء
لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدائم ينافيه فان الماء الجاري يشاركه في ذلك المعنى فان البول كما انه ليس
بادب في الماء الدائم فكذا في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة وكلام الشارع مصون عن ذلك فان قيل باطلاق الاستدلال
الحديث حجة عليكم لان الغدير العظيم ماء دائم فيدخل تحت اطلاقه اجيب بانه في حكم الجاري في عدم اختلاط بعضه ببعض
قوله والذي رواه مالك بانه ورد في بئر بضاعة وهي بكسر الباء وضمها بئر قديمة بالمدينة يلقى فيها الجيف ومحائض النساء
فذكر ذلك لرسول الله صلعم حين توضأ منها فقال الماء طهور الحديث وقد كان ماؤها جاريا في البساتين يستقى منه خمس
بساتين والماء الجاري لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه عندنا فان قيل العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص ببئر
بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو الالف واللام اجيب بانه ليس من باب الخصوص في شيء وانما هو من باب الحمل
للتوفيق فان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما جعل كانهما وردا معا ثم بعد ذلك ان امكن العمل بهما يحمل كل منهما على
محل حمل وان لم يمكن يطلب الترجيح وان لم يمكن تهاترا وههنا امكن العمل بان يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة وحديث
المستيقظ وقوله صلعم لا يبولن احدكم الحديث على غيرها فعلنا كذلك دفعا للتناقض فان قيل استدل المصنف في اول الكتاب
على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله ههنا على بئر بضاعة فان كان اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان
كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال صحيح
والحمل ليس بباطل لان الحديث يشتمل على قضيتين احديهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شيء والاستدلال بالاولى لانها يفيد
المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية ورد ان الضمير في لا ينجسه راجع الى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس فكيف
يصح حمله على معين واجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين واريد به احدهما ثم اريد بضميره الآخر جاز ويسمى ذلك استخداما كما
في قول الشاعر اذا نزل السماء بارض قوم رعيناه وان كانوا غضابا وهو كلام حسن من باب قوله صلعم هو الطهور
ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا زائدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في رفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله
لا ينجسه شيء الا انه زاد قوله الماء طهور ويكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شانها التطهير وماء بئر بضاعة لا ينجسه شيء الا ما غير
لونه الخ لكونه جاريا ولا يلزم ان يكون الماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ

وقوله ولا يبولن احدكم الحديث وقوله وما رواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه ابو داود ومعناه لا يصح التعلق بهذا
الحديث لان في اسناده ضعفا ضعفه ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال
ابن المديني استاد محمد بن اسمعيل البخاري وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني من ذكره وقيل هذا دون المرسل وفي متنه
اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين او ثلثا وفي بعضها اربعين قلة هكذا رواه جابر واخذ به ابراهيم
النخعي والقلة في نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها راس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر
لا يثبت بقول جريج لان جريجا ممن لا يقلد فبقي محتملا وكذلك قوله لا يحمل خبثا محتمل يحتمل ما قاله الشافعي اي لا يقبل النجاسة ويحتمل انها
ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن احتمال الخبث فيتنجس وان كان كذلك لم يكن التمسك صحيحا قال والماء
الجاري اذا وقعت فيه نجاسة اختلف الناس في تعريف الماء الجاري فمنهم من قال ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا غسل
يده وسال الماء منها الى النهر فاذا اخذه ثانيا لا يكون فيه شيء من الماء الاول وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث
لو وضع رجل يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه قيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكر في الكتاب هو طاهر وقوله
اذا لم ير لها اثر اشارة الى ان النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضا من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة في الماء
الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر
كبيرا لا يتوضا من جانب الاسفل الذي فيه الجيفة ويتوضا من جانب آخر وان كان صغيرا فان لاقا ما اكثر الماء فهو نجس وان
كان اقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط ان لا يتوضا قوله والغدير العظيم الغدير فعيل بمعنى مفعول
من غدر اي ترك وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى مفاعل اي مغادر وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله لانقطاعه عند
شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا خلص بعضه اي وصل الى البعض كان قليلا واذا لم يخلص
كان كثيرا لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب
المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الآخر فهو مما لا يخلص بعضه ببعض والمراد
بالتحريك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث ولا معتبر بالحباب فان الماء وان كثر يعلوه ويتحرك
ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان
في جانب منه اغتسالا وسطا ولم يتحرك الجانب الآخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك باليد لا غير وروي
عن محمد انه يعتبر التحريك بالتوضي وجه القول الاول ما ذكره في الكتاب ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضوء يكون في
البيوت عادة ووجه الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي وبغسل اليد الا ان التحريك بغسل اليد اخف فكان الاعتبار به اولى توسعة على
الناس ووجه الثالث ان مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة فان القياس ان ينجس وان كثر الا انه اسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر
التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء وذهب المتاخرون الى انه يعرف بشيء آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه
وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران فيه فان اثر
الزعفران في الجانب الآخر كان مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة ان كان عشرا في عشر فهو مما لا يخلص
وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسألة فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا
في ثمان في رواية وعشرا في عشر في رواية وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة المشايخ ثم الفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع
فجعل الصحيح في فتاوى قاضي خان ذراع المساحة وهي سبع مشتات كل مشت اصبع قائمة والمصنف رحمه الله اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع
مشتات ليس فوق كل مشت اصبع قائمة توسعة للامر على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقول آخرين ان يكون قدر شبر وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري وقوله اشارة الى انه
ينجس موضع الوقوع لم يفرق فيه بين كونها مرئية وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئية يتو

يتوضا من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف انه لا ينجس الا بظهور اثرها فيه اي في موضع الوقوع كالماء الجاري وعلى هذا اذا
وجد في حوض كبير نسقط غسالة وجهه في الماء موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارى توسعة على الناس لعموم البلوى
به قال وموت ما ليس له نفس سائلة اذا مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها في الماء لم ينجسه انما جمع الزنابير
دون غيرها لانها انواع شتى وقال الشافعي يفسده لانه حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة وقوله
لا بطريق الكرامة احتراز عن الآدمي فان قيل دود الخل وسوس الثمار اذا ماتت فيهما ميتة ولا ينجس الخل والثمار اجاب بقوله لان في ضرورة
ولنا ما روى ابو بكر الرازي باسناده الى سعيد بن المسيب عن سلمان انه صلعم قال فيه اي في هذه الحادثة فانه سئل صلعم عن اناء فيه
طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه وكان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه
عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم في هذه الاشياء اذ الفرض لذلك فلا ينجس ههنا فان قيل لا نسلم ان المنجس هو اختلاط الدم
المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة وذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم يعارض بان اكلت ورق العناب حلال مع
ان الدم لم يسل فالجواب ان القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجه عن اهلية الذبح بقوله صلعم
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم فجعل الشرع ذبحه كلا ذبح وكما جعل ذلك كذلك جعل ذبيحة المسلم اذا لم يسل
منها الدم كذبيحة اذا سال اقامة لاهلية الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة لاتيانه بما هو المامور به الداخل تحت قدرته ولا معتبر
بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية وانما قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان حيا لا ينجس فلهذا قلنا المصلي اذا استصحب فارة او
عصفورة حية لم يفسد صلوته ولو كانت نجسة لفسدت ولو ماتت حتف انفها فاستصحبها فسدت وهذا لان الدم الذي في الحي في معدنه وباطن
ينصب عن مجاريها فتنجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بعده لم يسل منه الدم وقوله والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة
جواب عن استدلال الشافعي فان الطين حرام لا لكرامته وليس بنجس قال وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده ما يعيش في الماء
يعني ما يكون مولده ومثواه فيه اذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان فان قيل انما قال في المسألة الاولى لا ينجسه
وفي هذه لا يفسده لان الموت في المسألة الاولى في غير معدنه فيتوهم التنجس فناسب نفيه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة
الضرورة لكن احتمل تغيير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر يعني من قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة
اية النجاسة قيل في هذا التعليل وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي
والجواب ان المذكور في كتاب الذبائح وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله فيجوز ان هذه رواية اخرى عنه فيكون الالزام عليها وقلنا
انه مات في معدنه وهو طاهر وكل ما مات في معدنه كان كالجنسانية معدنة لا يعطى حكم النجاسة كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها دما حتى لو
صلى وفي كمه تلك البيضة يجوز الصلوة معها لان النجاسة في معدنها بخلاف ما اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم لا يجوز صلوته لان
النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل يقتضي ان لا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة اذا ماتت في البر لانه معدنها والذي
يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فانهم يمثلون بالدم في العروق والمخ في البيضة واشباههما وليس البر كذلك
وقوله ولانه لا دم فيها اي في هذه الحيوانات اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس كما تقدم واذا ماتت في غير الماء كالخل
والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن ابي يوسف
وقيل لا يفسده وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لعدم الدم وهو الاصح لاطراده قيل
في كل واحد من التعليلين نظر اما في الاول فلان التعليل بالعدم على وجود الشيء لا يجوز واما في الثاني فلان انتفاء العلة لا يستلزم
انتفاء المعلول لجواز ان يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسات
لا تعطى حكم النجاسة في معدنها وكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية تستلزم انتفاؤها
انتفاء الحكم وههنا كذلك لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غير والضفدع البري والبحري فيه سواء وانما يعرف البحري ما يكون
بين اصابعه سترة وقيل البري مفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفاء المانع وهو المعدن وقوله وما يعيش في الماء بيان ان المراد

بما يعيش في الماء لكان توالده ومثواه فيه كما ذكر في اول البحث ومائي المعاش دون مائي المولد كالبط والاوز ونحوهما مفسد قال
والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الاحداث • قدم الكلام في حكم الماء المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله في طهارة
الاحداث اشارة الى انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس فيما روي عن محمد وابي حنيفة وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية
بسائر المائعات يجوز عنده وقوله خلافا لمالك والشافعي للشافعي في الماء المستعمل ثلثة اقوال اظهر كقول محمد وفي قول طاهر
وطهور كقول مالك وفي آخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر طهور وان كان متوضيا فهو طاهر وطهور وهو قول زفر هما اي مالك
والشافعي يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب انه المحكي
عن ثعلب ورد عليه بان هذا ان كان لزيادة بيان لنهايته في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تع وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم
به والا فليس فعول من التفعيل في شيء واذا كان بيانا لنهايته فيها لا يستدل به على تطهير الغير فضلا عن التكرار فيه وقول زفر لان
الاعضاء طاهرة حقيقة نجسة حكما فالماء المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس والحكم عليه باحدهما ابطال للآخر
واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطاهر عملا بالشبهين وقول محمد وهو انه طاهر غير طهور رواية
عن ابي حنيفة وهو المختار للفتوى لعموم البلوى وقوله لان ملاقاة الطاهر وهو الماء الطاهر وهو العضو المغسول لانه طاهر حقيقة
لا يوجب التنجس كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اقيمت به قربة ولاقامتها تاثير في تغيير ما اقيمت به فتغيرت به اي بالاستعمال صفة
الماء كمال الصدقة الذي اقيم به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طيبا وقد صح ان اصحاب رسول الله صلعم بادروا الى وضوءه
فمسحوا به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب دمه ووجه الاستدلال لابي حنيفة وابي يوسف قوله صلعم
لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث انه صلعم كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال فدل على ان
الاغتسال فيه كالبول فيه وقوله ولانه ماء اي ولان الماء المستعمل ماء ازيل به احد المانعين من جواز الصلوة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياسا
على ما ازيل به المانع الآخر منه وهو النجس الحقيقي ولقائل ان يقول المتوضي قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثا فاذا استعمله
فلا يخلو اما ان يتحول هذه الصفة منه الى الماء او لا لا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال من محل الى محل باتفاق
العقلاء فتعين الثاني وح لا وجه للحكم بنجاسة الماء والجواب ان كلامنا ليس في المتوضي وصفته وانما هو في اعضاء الوضوء متصفة
بالنجاسة حكما وقد زالت شرعا بالوضوء الذي اقيمت به قربة وقد اقمنا الدليل آنفا على ان لاقامتها تاثيرا في تغيير ما اقيمت به
فصار الماء به خبيثا شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء خبيثا الا اتصافه بالخبث شرعا والانتقال على الاعراض الحقيقية لا يجوز
واما الامور الاعتبارية الحكمية فيجوز ان يعتبر قائمة بمحل بعد قطع الاعتبار عن قيامها بمحل آخر الا ترى ان الملك للبائع امر
اعتباري حكمي وبعد ان قال بعت وقبل المشتري انتقل الملك من البائع اليه وبعد ما ثبت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها
وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى ابو يوسف
عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما سيجي وقوله والماء المستعمل بيان
لحقيقته وكان حقه التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا آنفا ولانه يتضمن بيان السبب فصار من الوسائل فلم يجب تقديمه • سبب
كون الماء مستعملا عند ابي حنيفة وابي يوسف هو ازالة الحدث او قصد القربة وعند محمد قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي
ازالة الحدث فلو توضا محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضا رجل متوض للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع ولو
توضا المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر خلافا لمحمد لعدم قصد القربة لعدم ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضا المتوضي
بقصد القربة صار مستعملا عند الثلثة خلافا لزفر والشافعي استدل محمد بقوله لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه اي الى
الماء المستعمل كما قررناه وانتقالها بازالتها بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير
عندهما انما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء في الحالين جميعا كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة
الحقيقية فيثبت فساد الماء بالامرين جميعا وقوله ومتى يصير مستعملا بيان لوقت اخذه حكم الاستعمال وقد اتفق علماؤنا على ان الماء ما دام

ما دام مترددا في العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر في مكان او انا اختلفوا فيه فقال سفيان الثوري وابرهيم
النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصاب
ثوبه تنجس وقالوا ان من نسي مسح راسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به راسه لا يجوز واختاره المص وقال الصحيح انه كما زايل العضو
والكاف هذه تسمى كاف المفاجاة كما تقول كما خرجت من البيت رايت زيدا اي فاجات رؤية زيد معناه يصير الماء مفاجا وقت
زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير توقف الى وقت الاستقرار في مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا
عقليا وقوله لان سقوط حكم الاستعمال ظاهر واورد بان فيه حرجا فكان ضرورة وقيل في جوابه حكم الاستعمال مسقط في المنديل
والثياب للحرج وهو ناقض لاصل المذهب والعقل المخلص ان يقال ثبت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو في الجميع ولا حرج
فيه اذ المختار من الاقوال للفتوى انه طاهر غير طهور قال والجنب اذا انغمس في البئر • جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو
ولم يطهر ولم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل ولم ينجس الماء عند ابي حنيفة رحمه وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس للاغتسال
للصلوة فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل جنبا ان الصب عنده شرط لان القياس لا يقتضي التطهير بالغسل لتنجس
الماء باول الملاقاة وانما حصل ضرورة خروج المكلف عن الاثم بالتطهير والماء الجاري قريب الى ذلك لعدم استقراره والصب
بمنزلته فيشترط تحصيلا للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط وفي بقاء
الماء طاهرا ان سبب استعماله احد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة كما تقدم ولا سبب لغيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي
الحكم فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنده وان لم ينو فقد سقط وبه يصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك
اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى طلب الدلو فلو سقط الفرض تنجس وفسد البئر وفيه ضرر لا يخفى ولمحمد في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب
فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاؤه انتفاء الحكم وفي طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم توجد
وكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد الغصب فينتفي الحكم بانتفائه ولابي حنيفة في نجاسته اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة
فان الماء يصير مستعملا وان لم توجد النية لانها ليست بشرط لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل جنبا لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل
عنده بنجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل لان النية لما لم يشترط لسقوط الفرض عنه سقط الفرض بالانغماس وصار الماء مستعملا والرجل
متلبس به فيتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونه اكثر مناسبة لاصله
فعلى اول اقواله لا يجوز له الصلوة ولا قراءة القرآن وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلوة وعلى الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول ابي يوسف
ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى البيان بسبب تركه اصله كما بينا قال وكل اهاب دبغ فقد طهر • يتعلق بدباغ الاهاب ثلث مسائل
طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلوة فيه وهي تتعلق بكتاب الصلوة والوضوء منه بان يجعل قربة وهي تتعلق بهذا الباب وانما قال
والصلوة فيه بان يجعل ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصلى وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال وانه
منصوص عليه بقوله تع وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الاخرين وان كان يفهم ذلك من الاول احترازا
عن قول مالك فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على الآدمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة
وتاخير الآدمي في ذلك اولى واستدل على الطهارة دون الآخرين لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلعم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه نكرة اتصفت
بصفة عامة حجة على مالك في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكونه ينتفع به في الجامد من الاشياء دون المائع فيعمل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما
فان قيل جلد الخنزير والآدمي خارج عن عمومه فيجوز ان يخص منه جلد الميتة بالقياس عليهما وبقوله صلعم لا تنتفعوا من الميتة باهاب اجيب بانه قياس في
ابطال النص وهو قوله صلعم ايما اهاب دبغ الحديث والنهي عن الانتفاع بالاهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قال الخليل والاصمعي وليس في ذلك
ادخال في عموم قوله اهاب دبغ يجوز تخصيصه ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل قوله وحجة على الشافعي عطف على قوله حجة على مالك فان الشافعي يقول
بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط ان كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي
قياسا على جلد الخنزير والآدمي وعلى هذا الافادة في تخصيصه وقوله وليس الكلب بنجس العين جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وان لم يذكر في الكتاب

واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب عندنا ان عين الكلب
نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بانجس من الكلب والخنزير قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا وليس
نجس العين كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه نجس لا محالة وينتفع به ايقادا او غيره لانه انتفاع بالاهلاك وهو جائز كالدنو من الخمر للاراقة وهو مختار
المص وقوله بخلاف الخنزير متصل بقوله الا جلد الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تع فانه رجس منصرف اليه لقربه فان قيل المقصود بالذكر في الكلام
هو المضاف فيجب ان يرجع الضمير اليه اجيب بان المضاف اليه قد يكون مقصودا مثل ان يقول مثلا رايت ابن زيد فانه يجوز ان يقال
وحرمته على الاشتغال فيكون الضمير راجعا الى المضاف لانه المقصود ويجوز ان يقال فاخترته بان ابنك هذا فاضل فيكون راجعا الى المضاف اليه
كقوله تع والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من المضاف والمضاف ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن
فيه اولى لكونه اشمل للاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لم يحرم غيره وان رجع اليه حرم فغير اللحم دائر بين ان يحرم وان لا يحرم فيحرم احتياطا
وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه وقوله وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي متعلق بقوله والادمي ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسته
عينه وجلد الادمي لكرامته لئلا تتجاسر الناس على من كرمه بابتذال اجزائه فخرجا عما رويناه يعني من قوله صلعم ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت
ما وجه خروجهما عن المروي اهو تخصيص فيحتاج الى المخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ متاخر قلت عدم طهارتهما ثابت
بالكتاب فان كان متاخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التاويل لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا عن ان
ينسخه وان كان مقارنا كان مخصصا والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فعبر بقوله فخرجا وقوله ثم ما يمنع النتن والفساد بيان لما يرد به ذكره
باسقاط ادراك الدباغة قال محمد في كتاب الاثار انا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال كل شيء يمنع الجلد عن الفساد فهو دباغ فيتناول التشميس والتتريب
لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة يحصل بهذا كله فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص او شث او نحوها كما شرطه الشافعي وما يطهر
جلده بالدباغ يطهر بالذكوة يعني الذكوة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكوة المجوسي ليست بمطهرة وذكر الضمير في لانه لان الذكوة بمعنى
الذبح وانما تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الانفصال ولما كان الدباغ بعد الاتصال
مطهرا كان الذكوة المانعة من الاتصال اولى ان يكون مطهرة وقوله وكذلك يطهر لحمه اي لحم الحرة فيما يصلح للاكل لا للكرامة دليل النجاسة
ولزمهم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بان بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس والذي اختاره المص وصححه
صاحب التحفة هو ذلك لان الجلد يطهر باتفاق اصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول
الا بالسكين وما قيل من الجلدة الرقيقة متوهم وعلى تقدير تحققه فاما ان يكون طاهرة او نجسة ولا نجس عند السلخ بين الجلد واللحم ثالث لا محالة
فهي اما متصلة باللحم او الجلد فان كان متصلة باللحم فليس يتصور ان يكون طاهرة واللحم نجس فيكون نجسة والجلد الغليظ متصل به اتصالا فلا يكون طاهرا
لكن الغرض انه طاهر وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور ان يكون نجسة والجلد طاهر فيكون طاهرة واللحم متصل به اتصالا فكيف يكون نجسا وذلك
واضح لا يخفى على المتامل فهذا هو الذي حمل المص على تصحيح رواية طهارة اللحم والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا للكرامة دليل النجاسة
انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة قد انتفت ههنا بالذبح فينتفي كما قلنا في ولد
المغصوب وقوله وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر ذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء القليل يجوز به الوضوء ولا عندنا يجوز به الوضوء لكونها
طاهرة وقال الشافعي نجس لانه اي كل واحد منها من اجزاء الميتة والميتة نجس بجميع اجزائها قلنا لا نم ان كل جزء من الميت نجس بل النجس
منه ما كان فيه حيوة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حيوة فيها حتى لا يتالم بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقرة لا يولمها وجز صوف الغنم كذلك
فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وهذا يشير الى ان بين الموت والحيوة تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان
وجوديتان لقوله تع خلق الموت والحيوة والمخلوق لا يكون عدما واجيب بان المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر لا يقال ما ذكرتم
من الدليل استدلال في مقابلة النص لان الله تع قال من يحيي العظام وهي رميم ولا احيا فدلالته على ان في العظم حيوة لان المراد من يحيي صاحب
العظام وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به فكان نجسا ولنا ان حرمة
الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله صلعم حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته

فصل في البئر

لما ذكر حكم الماء القليل بانه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضا فانه لا ينزح كله في بعض الصور فذكر ماء البئر في فصل على حدة
بيانا لوجه المخالفة قوله واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت قيل نزحت البئر اي ماؤها بحذف المضاف لعدم الالتباس لان نزح عين البئر
غير ممكن ونزح النجاسة لا يتم جواب المسئلة فتعين ما قلنا والتانيث باعتبار الاسناد الظاهري ولان قوله وكان نزح ما فيها دليل على ما
فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر لان النزح لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا يطهر البئر الا
باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها
ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها واقول التركيب الجزل على هذا التقدير ان يقال نزحت
النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الخ ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسندا الى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر ليتناول النجاسة
والماء جميعا وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله وقوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح من غير توقف
على غسل الاحجار ونقل الاوحال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم رضي ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس لان القياس
احد الامرين اما ان لا تطهر البئر اصلا لتنجس الاوحال والجدران والماء ينبع منها واما ان لا ينجس ابدا اذا ينبع الماء من اسفله لكونه كالماء الجاري قال محمد اتفق رايي
وراي ابي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري الا انا تركنا القياس واتبعنا الاثار وقوله فان وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء
بحسب ما يقع فيها من النجاسة وذكر وجه الاستحسان هو احد وجهي الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره ولا فرق على هذا الوجه بين
الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس وبعر الابل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب
لكن نفرق بين ابار الامصار والفلوات فان ابار الامصار لها رؤس حاجزة والوجه الاخر ان البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها
رطوبة الامعاء فلا يتداخل الماء في اجزائها وعلى هذا لا نفرق بين ابار الامصار والفلوات ونفرق بين الصحيح والمنكسر لتداخل اجزاء النجاسة فيفسد
والبعر والروث والخثي لان الروث والخثي لا صلابة لهما فيتداخل الماء في اجزائهما فيتنجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم ان اختلاف اقوال
المشايخ في جعل الكل غير مفسد وجعل بعضه مفسدا دون بعض مرجعه الى وجهي الاستحسان وقوله ولا ضرورة في الكثير هو ايضا على الوجه
الاول واما الوجه الثاني فيقتضي عدم التفريق بين القليل والكثير لان الصلابة والاستمساك في الجميع موجود وقوله وهو ما يستكثره الناظر اشار
الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو ان يغطي ربع وجه الماء وقيل وجه اكثره وقيل ان لا يخلو دلو من بعرة وقال الامام
التمرتاشي ذكر بعرتين اشارة الى ان الثلث كثيرة واغا فاق وعليه الاعتماد وقوله وترمى البعرة وتشرب اللبن معناه لا يتنجس اذا رميت
من ساعته ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة وقوله وعن ابي حنيفة
انه اي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء بالبعرة والبعرتين قوله وان وقع فيها خرء الحمام والعصفور طاهر عندنا وقال الشافعي انه نجس
وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن وفساد فان ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو
نجس ونوع يحيله الى صلاح كالبيض واللبن والعسل وهذا من النوع الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا بدلالة
بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى مسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى
ان طهرا بيتي وقوله صلعم جنبوا صبيانكم مساجدكم وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي رضي ان النبي
صلعم شكر الحمامة فقال انها اوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله بان جعل المساجد ماويها وقوله واستحالة لا الى نتن جواب
الشافعي ووجهه ان موجب التنجس النتن والفساد والنتن ههنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان قال الفساد وحده
مما يوجبه قلنا منقوض بالمني فانه قد فسد وهو طاهر وسائر الاطعمة بعد بطول المكث ولا ينجس على انه ان تنجس فيما نحن فيه
سقط للضرورة وقوله فاشبه الحماة يعني في النتن دون الفساد وقوله فان بالت فيها اي في البئر شاة الخ اصل هذه
المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء القليل لا ينجسه يجوز الوضوء به الا ان يغلب الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع
منه قطرة في الماء افسده والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلوة لمحمد رحمه حديث العرنيين وقصته ما روي ان قوما من عرينة
تصغير عرنة واد بحذاء عرفات سميت بها قبيلة ينسب اليها العرنيون بحذف ياء فعيلة كقولهم الجهنيون اتوا المدينة فاجتووها اي لم توافقهم

فاصفرت الوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلعم بان يخرجوا الى ابل الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا فشربوا
وصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله صلعم في اثرهم قوما فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم
وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال انه امر بشرب ابوال الابل ولو كان نجسا لما امر بذلك لكونه حراما وقد قال علم ان
الله تع لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ولهما قوله صلعم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه الاستدلال انه صلعم امر
باستنزاه البول من غير فصل والامر للوجوب ومما يؤيده ما روي ان رسول الله صلعم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤس
اصابعه من زحام الملائكة التي حضرت للصلوة عليه فلما وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت تختلف اضلاعه فسئل رسول الله صلعم
عن سببه فقال انه كان لا يستنزه البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزه منه لا تجوز صلوته وانما اراد بول الابل عند معالجتها وقوله ولا
يتحل الى نص دليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث انس فقد ذكر قتادة عن انس انه رخص لهم في شرب البان الابل
ولم يذكر الابوال وانما ذكره في حديث حميد عن انس فيتردد بين ان يكون حجة وان لا يكون فيسقط الاستدلال به وقيل انه منسوخ وقد
ذكرنا الحديثين في التقرير شرح اصول فخر الاسلام فليطلب ثمه قال المص وتاويل ما روي انه صلعم عرف شفاءهم فيه وحيا ولا يوجد مثله في زماننا
فلا يحل شربه لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وابو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين
اللبن فيحل شربه للتداوي ولغيره قال وان ماتت فيها فارة او عصفورة. حاصل هذه المسائل ان الحيوان الواقع في البئر لا يخلو
من اوجه تسعة اما ان يكون فارة او نحوها او دجاجة ونحوها او شاة ونحوها وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت اما ان يكون
منتفخا او لا فاما ما اخرج حيا لا ينجس في الفصول كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المص انه ليس بنجس
العين كما تقدم وما اخرج ميتا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت فيها فارة او عصفورة او عصوة قال المطرزي العصو صغار العصافير
الواحدة عصوة والسودانية طويرة طويلة الذنب تاكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم ينتفخ نزح منها ما بين عشرين
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها وقيل الصاع كبير وما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير وقوله يعني
بعد اخراج الفارة يعني ان النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفارة لان سبب نجاسة البئر حصول الفارة الميتة فيها فلا يمكن
الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث انس رضع انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها نزح منها
عشرون دلوا والعصفورة حكمها حكم الفارة وكذا حكم الفارتين حكم الواحدة الى الاربع وفي الخمس اربعون الى التسع وفي العشر نزح
ماء البئر كله فيما روي عن ابي يوسف وقوله والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك لان الرواية قد اختلفت
فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء وفي رواية عشرون وفي رواية ثلثون وفي رواية اربعون فاذا بعضهم اوجب
اقل من العشرين وبعضهم اوجب عشرين وبعضهم اوجب اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا رحمهم الله بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير
وكان واجبا لتعينه وما وراءه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلثين فلم يتعين عشرون للوجوب والاولى ما قيل ان السنة
جاءت في رواية انس بن مالك رضع عن النبي صلعم انه قال في الفارة اذا وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلثون
هكذا رواه ابو علي الحافظ السمرقندي باسناده واو لاحد الشيئين فكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به
لئلا يترك اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت فيها حمامة او
نحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر وقوله وهو الاظهر لان الجامع الصغير اخر التصنيفات
فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيها شاة او آدميا او كلبا ينزح جميع ما فيها وكلامه
ظاهر وقوله ثم المعتبر تقييد للدلو فانه ذكر مبهمة فاحتاج الى تفسيرها وقيل دلو يسع فيها صاع وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
قوله ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود به وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع
في البئر فارة فجاء بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة اجزأهم وهو جواب الكتاب لان الذي يعود منه الى البئر اقل وعن الحسن
انه لا يطهر الا مرة واحدة لان بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري وقلنا لما قدر الشرع الدلاء بعدد خاص عرفنا ان المعتبر القدر المخرج

المخرج وان معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان
او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل بلة نجسة وكان كالقطرة من الدم او الخمر فتنتشر في الماء وله اي
محمد في ذنب الفارة وقعت في البئر نزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة الصحيحة الجسد وقوله واذا كانت
البئر معينا يجوز ان يكون من عنت اي بلغت العيون ويجوز ان يكون اصلية من امعنت الارض اي رويت وماء معين اي جار ويكون
فعيلا فكان ينبغي ان يقال معينة لان البئر مؤنثة وانما ذكرها حملا على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول وقوله لا يمكن نزحها
صفة وقوله اخرجوا جواب المسئلة وقوله مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى ان الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة
وقوله ينزح لكل قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون
دلوا اخرى وقوله بنى جوابه على ما شاهد في بلده لان بلده بغداد غالب مياه ابار بغداد لا تزيد على ثلث مائة دلو وقوله ولم يقدر
الغلبة بشيء لانها متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز امر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة وقوله كما هو دأبه اي عادته فان عادته
ان يفوض مثل هذا الى رأي المبتلى به كما تقدم من قوله هو ما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم وقوله وهذا اشبه بالفقه
اي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تع فاسئلوا
اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون كما في جزاء الصيد حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم والشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم وشرط
البصارة لمعرفة امر الماء لان الاحكام انما تستفاد ممن له علم بها ليدخل تحت اهل الذكر وهذا القول اي الاخذ بقول رجلين مروي
عن ابي نصر محمد بن سلام رحمه الله قال فان وجدوا في البئر فارة او غيرها كلامه ظاهر وقوله لان اليقين لا يزول بالشك بيانه ان الماء
كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان اليقين بوقوع النجس لان اليقين
يزول بيقين مثله وهذا هو القياس كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات ولابي حنيفة
ان للموت في البئر سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ما له سبب ظاهر يحال به عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب
فراش حتى مات يحال بموته على الجراحة لانه هو السبب الظاهر وكمثبت الموت في عنقه حية فانه يحال بموته على نهشها وان احتمل ان يكون
الموت بغير الجرح والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر الا ان الانتفاخ دليل تقادم العهد وادنى حد التقادم في ذلك
ثلثة ايام الا ترى ان من دفن بلا صلوة يصلى على قبره الى ثلثة ايام ولا يصلى عليه بعد ذلك لانه تفسخ في هذه المدة فقدر بالثلث
وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم لان اقل المقادير في باب الصلوة يوم وليلة فان ما دونه ساعات
لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى الى اخره ظاهر فصل في الآسار وغيرها لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه
باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء ثم استعماله
فيه وفي الطعام والجمع الآسار وهي اربعة عندنا طاهر كسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم
ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار قال وعرق كل شيء معتبر بسؤره. قيل كان الواجب ان يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لان الكلام في السؤر
لا في العرق وليس بصحيح لان المص اراد ان يبين في ضمن الآسار العرق فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب ان يقول بعده عرق
الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا وكان الفصل اذ ذاك للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فانه مشكوك وعرقه طاهر لان
الشك في طهوريته لا في طهارته وقوله لانهما اي اللعاب والعرق اضمر على اللعاب وان لم يذكره لان السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان
ذكر السؤر ذكرا له وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل يعني بغير كراهة ليلا يدخل فيه سؤر الدجاجة المخلاة فانه ماكول
اللحم وسؤره مكروه كما ياتي وليس بشيء لانه ماكول اللحم طاهر السؤر فلا مانع من الدخول فيه وقوله لان المختلط به اللعاب واضح وقوله
ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه آدميا والجنابة لا تؤثر فيها في ذلك لما روي ان النبي صلعم لقي حذيفة رضع فمد يده ليصافحه فقبض يده فقال
اني جنب فقال صلعم المؤمن لا ينجس وبهذا يسقط ما قيل ينبغي ان يكون سؤر الجنب نجسا على قول ابي يوسف لوجود سقوط الفرض
عن فمه بشربه لانه تعليل في مقابلة النص على انه لمكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد الاناء والحائض لما روي ان عائشة

رضعا شربت من اناى فى حال حيضها فوضع رسول الله صلعم فمه على موضع فمها وشرب والكافر لما روى ان رسول الله صلعم انزل وفد ثقيف فى المسجد
وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تع انما المشركون نجس لان المراد به الخبث فى الاعتقاد وقوله
وسؤر الكلب نجس طاهر وقوله فاذا تنجس الاناء فاللسان اولى يشير الى انه ثابت بالدلالة فان الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه
ولسانه لم يلاقه وانما لاقى الماء كان دليلا على تنجس ما يلاقيه بطريق الاولى فان قيل يجوز ان يكون المراد بولوغ الكلب فى الاناء لحسه فيكون لسانه
ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال بالاولوية واجيب بان الولوغ حقيقة فى شرب الكلب واشباهه المائعات باطراف لسانه والكلام
للحقيقة اذا لم يصرفه عنها قرينة قوله وهذا اى هذا الحديث يفيد النجاسة نفى لقول مالك والعدد نفى لقول الشافعى فى اشتراط السبع وقوله
ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث اى بالاتفاق وقوله فما يصيبه سؤره وهو دونه لان مالكا يقول بطهارة سؤره اولى قوله بطريق الاولى قيل لان عند
الشافعى بوله ودمه وسائر ما هو منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكره فى التهذيب ويجوز ان يكون ثمه رواية عنه اطلع عليها اصحابنا فيكون
الالزام عليها قوله والامر الوارد بالسبع جواب عما يستدل به الشافعى بما روى عبد الله بن المغفل انه صلعم قال اذا ولغ الكلب فى
اناء فاغسلوه سبعا وعفروه الثامنة بالتراب بانه محمول على الابتداء منعا لهم من الاقتناء على ما روى عنه صلعم انه قال من اقتنى كلبا الا كلب ماشية
او صيد نقص من اجره كل يوم قيراط والدليل عليه انه قال وعفروه الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل
يجوز ان يكون المراد بغسل الاناء التعبد لا لازالة النجاسة اجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما فى الحدث
والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع وكان الغسل لازالة النجاسة لا للتعبد وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين وكان لحمه نجسا
واللعاب يتولد منه وسؤر سباع البهائم نجس خلافا لمالك والشافعى بما روى عن ابن عمر رضه ان النبى صلعم سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر
فقال نعم وبما افضلت السباع كلها والجواب انه مرسل لا يصح له الاحتجاج به لان راويه داود بن حصين لم يلق جابرا كذا قاله الخطابى
ولئن صح فتاويله ان المراد به حمر الوحش وسباع الطير او المراد به الماء الكثير او هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الادلة ولم يذكر محمد ان
نجاسته غليظة او خفيفة وروى عن ابى حنيفة انه نجاسة غليظة وعن ابى يوسف انه كبول ما يوكل لحمه لان الناس اختلفوا فى بول ما يوكل
لحمه فاوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما اوجب هناك وسؤر الهرة طاهر مكروه وروى ان النبى صلعم كان يصغى للهرة الاناء فتشرب
منه ثم يتوضأ به وقال كيف اكره مع هذا الحديث ولهما قوله صلعم الهرة سبع والمراد به بيان الفقه دون الخلقة والصورة لانه صلعم بعث
لبيان الشرائع فان قيل فكان الواجب القول بنجاسته اجاب بقوله الا انه اسقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وقوله
لعلة الطوف يجوز ان يكون اشارة الى الضرورة فان حكم النجاسة سقط بها كما مر غير مرة ويجوز ان يكون اشارة الى ما روى عن عائشة
انها كانت تصلى وفى بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة واكلت منها فلما فرغت من صلوتها دعت جارات لها فكن يتحامين
من موضع فمها فمدت يدها واخذت موضع فمها واكلت فقالت سمعت رسول الله صلعم يقول الهرة ليست بنجسة انما هى من
الطوافين والطوافات عليكم فاكلن فان قيل حديث ابى هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا ترجح فالجواب ان حديث ابى هريرة
ماول دون حديث عائشة فيقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته فعارض المحرم وحمل ما رواه ابو يوسف من اصغاء
الاناء لها على ما قبل التحريم وقوله ثم قيل كراهته لحرمة اللحم هو قول الطحاوى وهو يدل على انه الى التحريم اقرب وقيل لعدم تحاميها
النجاسة لانها تتناول الجيف وهو قول الكرخى وهو يدل على ان كراهته كراهة تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الاثر
وقوله ولو اكلت يعنى الهرة طاهر قوله والاستثناء على مذهب ابى حنيفة وابى يوسف يعنى قوله الا اذا مكثت ساعة لغسل فمها بلعابها
لانهما يجوزان ازالة النجاسة بالمائعات ولكن الصب شرط عند ابى يوسف للتطهير فى العضو وسقط ههنا للضرورة
وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه المخلاة هى الجائلة فى عذرات الناس والمحبوسة على خلافها والمحبوسة على وجهين احدهما ان
يكون محبوسة فى بيت نفسها والثانى ان يكون محبوسة للتسمين ويكون راسها واكلها وشربها خارج البيت والاولى تجول
فى عذرات نفسها دون الثانية وانما قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها اشارة الى الوجه الثانى
كما اذا كانت كذلك وقع الامن عن مخالطة النجاسة بخلاف غيرها قوله وكذا سؤر سباع الطير معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة لكونه

ليكون داخلا فى حكم الكراهة وفى القياس نجس اعتبارا بسباع الوحش وجه الاستحسان انها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف
سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المص على كراهته بما يشبه به المخلاة وهو اكل الميتات الحاصلة
بها وعن ابى يوسف انها اى سباع الطير اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ بهذه
الرواية قال الفقيه ابو الليث روى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة انه قال ان كان هذا الطير لا يتناول الميتة مثل البازى الاهلى ونحو
ذلك فلا يكره الوضوء وقوله وسؤر ما يسكن البيوت طاهر وقوله والتنبيه على العلة فى الهرة قيل معناه وبقى التنبيه على العلة التى كانت
فى الهرة وقيل هو جواب سؤال تقريره ماذا الذى دلكم على كون الطوف علة لسقوط النجاسة ووجهه ذلك ان النبى صلعم علل لسقوط
النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف لقوله صلعم انها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد وجد الطوف فى سواكن البيوت ازيد منه
فى الهرة فان ثلمة البيت اذا سدت لا يمكن ان يدخل الهرة فيه واما سواكن البيوت كالحية والفارة فانه لا يمكن منعها عن الطوف فكان
تنبيها على سقوط النجاسة فيها بطريق الاولى وكان العلامة الكردرى يقول الله تع علل لسقوط وجوب الاستيذان بعلة الطوف فى قوله تع
ليس عليكم ولا عليهم جناح الى قوله تع طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبى صلعم فى سؤر الهرة بتعليل الله تع فيه على سقوط النجاسة
ثم استدل ابو حنيفة بتعليله صلعم فى سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن البيوت لعلة الطوف وقوله وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه
هذه عبارة اكثر المشايخ وابو طاهر الدباس انكر ان يكون شئ من احكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت
الصلوة معه الا انه محتاط فيه فامر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة والشافعى يجعله طاهرا وطهورا
لان كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده واختلف فى ان الشك فى طهارته او فى طهوريته فقيل فى طهارته لانه لو كان طاهرا كان طهورا
ما لم يغلب اللعاب لان اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلب كما اذا اختلط ماء الورد بالماء وقيل فى طهوريته لانه لو وجد
الماء المطلق لم يجب عليه غسل راسه يعنى بعد ما مسح راسه بسؤر الحمار ولو كان الشك فى طهارته لوجب وانما عين الراس لان غيره من
الاعضاء يطهر بصب الماء عليه وقوله وكذا لبنه طاهر ولا يوكل قيل هذا ظاهر الرواية وانما هو نجس والمذكور فى الكتاب انما هو
رواية عن محمد وقوله وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش هو احدى الروايات عن ابى حنيفة وفى رواية هو نجس نجاسة غليظة وهو المذكور
والمشهور فى الكتاب قال القدورى عرق الحمار طاهر فى الروايات المشهورة وقوله وكذا سؤره يعنى ان اللبن والعرق والسؤر يتولد كلها
منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك وقوله وهو الاصح اى القول بان الشك فى طهوريته اصح وقوله نص محمد على طهارته هو ما روى
عن محمد انه قال اربع لو غمس فيه الثوب لم ينجس وهو سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما يوكل لحمه وقوله سبب الشك
تعارض الادلة اختلف المشايخ فى سبب الشك فى سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة فى اباحته وحرمته فانه روى ان غالب
بن ابجر سئل رسول الله صلعم قال لم يبق لى مال الا حميرات فقال كل من سمين مالك وروى ان رسول الله صلعم حرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر قال شيخ الاسلام هذا لا يقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو اخبر عدل بان هذا
اللحم ذبيحة مجوسى واخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا اشكال وقيل تعارض الخبر
لانه يستلزم نجاسة لبنه وقد تقدم من قول المص انه طاهر واجيب بالالتزام فانه ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف الصحابة
فى طهارته فانه روى عن ابن عمر انه كان يكره التوضى بسؤر الحمار والبغل وروى عن ابن عباس انه قال لا باس بالتوضى به ولم يترجح
احد القولين على الاخر فاوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لا يقوى لان الاختلاف فى طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الاشكال
كما فى اناء اخبر عدل انه طاهر واخر انه نجس فان الماء لا يصير مشكلا وان اختلفا فى طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا
هذا ثم قال والاصح ان دليل الشك هو التردد فى الضرورة فان الحمار يربط فى الدور والافنية فكان فيه الضرورة الا انها دون ضرورة الهرة
والفارة لدخولهما المضائق دون الحمار فلو لم يكن ضرورة اصلا كان كالسباع فى الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما
كان مثلهما فى سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض
ووجب المصير الى الاصل والاصل شيئان الطهارة فى جانب الماء والنجاسة فى جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس احدهما

بادلى بين الآخر فبقى الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان اشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لاشكال لحمه ولا لاختلاف الصحابة
فى سؤره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وبهت لكنه لا باس بالتنبيه عليهما وهى ان طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان
على طهارة اللحم ونجاسته وقال المص فى اول هذا الفصل وهو المعتبر فى الباب ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح او بعده فان
كان الاول كانت الشاة مساوية للكلب فى ان لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة وان كان الثانى فكذلك فى ان لحم كل واحد طاهر بعد الذبح
وذلك يقتضى شمول الطهارة والنجاسة وحلهما ان المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله وطهارة
سؤر البغل والحمار فى رواية والهرة للضرورة وهذا لانهما اشتركا فى النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل كما اذا ماتت حتف
انفها واشتركا فى الطهارة بعده لزوال المنجس وهو الدم ولا فرق بينهما الا ان الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب وقد دل الدليل على طهارة
سؤر الشاة دون الكلب ولا فرق بينهما ايضا فى الطعام الا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم ماكول
بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره اضافة للحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا هذا ما سنح لى والله اعلم بالصواب
قوله وعن ابى حنيفة انه اى سؤر الحمار والبغل نجس وقوله ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة
متعلقة باختلاف الصحابة ويجوز ان يكون معناه ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح المحرم ترجح النجاسة ايضا لامتناع الطهارة
مع الحرمة واستشكل بما اذا اخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فانه يرجح خبر الحل وبما اذا اخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته يرجح الطهارة
واجيب بان تعارض الخبرين فى الطعام يوجب التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة للاحتياط لاستلزامه تكذيب
المخبر بالكل من غير دليل فاما ادلة الشرع فى حل الطعام وحرمته فوجب الترجيح بدليل وهو تقليل النسخ الذى هو خلاف الاصل على ما عرف فى
الاصول والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع وكذا تعارض الخبرين فى الماء يوجب التهاتر والعمل بالاصل لوقوع الشك فى
اختلاط النجاسة به والاصل عدمه فبقى الماء على اصله وهو الطهارة فاما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد ترجح جهة الحرمة
فيه باتفاق الروايات عن اصحابنا وهى مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل وقوله والبغل من نسل الحمار طاهر
وقوله ولنا ان المطهر احدهما يعنى ان المطهر فى الواقع اما السؤر او التراب فان كان الاول فلا فائدة فى استعمال الثانى تقدم او تاخر
وان كان الثانى فلا يضر التقديم والتاخير فوجب التخيير دون الترتيب والضمير فى فيضيف راجع الى قوله يتوضا بهما ويتيمم فى قول محمد رحمه
وقوله وسؤر الفرس طاهر وقوله فى الصحيح احتراز عن الروايات الباقية فانه ذكر فى المحيط فى سؤر الفرس عن ابى حنيفة اربع روايات
قال فى رواية احب الى ان يتوضا بغيره وهو رواية البلخى عنه وفى رواية الحسن عنه انه مكروه كلحمه وفى رواية هو مشكوك كسؤر الحمار وفى
رواية كتاب الصلوة هو طاهر وهو الصحيح ❀ فان لم يجد الا نبيذ التمر. انما ذكر نبيذ التمر فى فصل الاسآر لان له شبها
خاصا بسؤر البغل والحمار على قول محمد فانه يقول بضم التيمم الى الوضوء به احتياطا كما سنذكره والكلام فيه فى ثلثة مواضع
فى وقت الجواز وفى جواز الوضوء به وفى نفسه فاما الاول فهو الوقت الذى يجوز فيه التيمم واليه اشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ
التمر يعنى اذا عدم الماء المطلق واما الثانى فقد اختلف فيه وقد روى عن ابى حنيفة ثلث روايات ذكر فى الجامع الصغير والزيادات
انه يتوضا به ولا يتيمم وذكر فى كتاب الصلوة انه ان توضا به وتيمم احب الى قال شيخ الاسلام فيه اشارة الى انه لو توضا به
ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالثة هى ما روى نوح بن ابى مريم والحسن بن زياد انه يتيمم ولا يتوضا به وبه
اخذ ابو يوسف اما وجه الرواية الاولى فما ذكره فى الكتاب من قوله لحديث ليلة الجن وهو ما روى ابو رافع وابن المعتمر عن ابن
عباس رضهما ان النبى صلعم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معى من لم يكن فى قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضه فحمله
رسول الله صلعم مع نفسه فقال عبد الله بن خرجنا من مكة وخط رسول الله صلعم حولى خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط
فانك ان خرجت عنه لم تلقنى الى يوم القيمة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر وقال لى
هل معك ماء اتوضا به فقلت لا الا نبيذ التمر فى اداوة فقال صلعم ثمرة طيبة وماء طهور واخذ وتوضا به وصلى الفجر
ووجه قول ابى يوسف هو قول الشافعى العمل باية التيمم فانها نقلت التطهير عند عدم الماء المطلق الى التراب ونبيذ

التمر ليس بماء من وجه فيكون الحديث مردودا بها لكونها اقوى من الحديث او هو اى الحديث منسوخ بها اى باية التيمم لانها مدنية وليلة الجن كانت
بمكة فان قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعى فكيف يستقيم قوله او هو منسوخ باية التيمم اجيب بان ذلك جواب ابى يوسف
خاصة والمشترك بينهما هو قوله عملا باية التيمم وقال محمد يتوضا به ويتيمم لان فى الحديث اضطرابا لان مداره على ابى زيد مولى عمرو بن الحريث روى عنه
ابو فزارة وكان نباذا روى هذا الحديث ليهون على الناس امر النبيذ وابو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روى عن ابى عبيدة بن عبد الله بن مسعود
انه قيل له هل كان ابوك مع النبى ليلة الجن فقال ولوددت ان لو كان ابى صاحب رسول الله صلعم ولو كان مع النبى لكان فخرا عظيما ونفعه
وبعقبه بعده فانكر كون ابيه مع النبى صلعم ولو كان لما خفى على ابنه وفى التاريخ جهالة فانهم اختلفوا فى انتساخ هذا الحديث بجهالة التاريخ
فقال بعضهم ذلك باية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لان اية التيمم نزلت فى شان الاسفار والنبيذ يستعمل فى العادات فيما قرب من الامصار
فيجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعنى انها تكررت قال فى التيسير ان الجن اتوا رسول الله صلعم دفعتين فيجوز ان يكون
الدفعة الثانية فى المدينة بعد آية التيمم فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة كعلى روى عنه الحرث انه قال
الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروى عنه من طرق مختلفة انه كان لا يرى باسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عكرمة عن
ابن عباس انه قال توضؤا بنبيذ التمر ولا توضؤا باللبن وروى عنه من طرق مختلفة انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عن
عبد الله بن مسعود انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر حال عدم الماء وهم كبار ائمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به ومثله اى مثل هذا الحديث المشهور زاد
على الكتاب قال ابو حنيفة ان اشتبه كون عبد الله مع رسول الله صلعم ليلة الجن قلنا فى الباب ما يكفى للاعتماد عليه وهو رواية هؤلاء الكبار
من الصحابة رضهم قوله واما الاغتسال به اى بنبيذ التمر على قول ابى حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضى وهو
وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثر جاء فى الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به وقوله والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع
الثالث ذكر محمد فى النوادر وهو ان يلقى تمرات حتى صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا او مسكرا او ما اشتد منها وصار مرا لا يجوز الوضوء به بالاجماع
لانه صار مسكرا حراما وان غيره ان رقيقا ما دام حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء فهو على الاختلاف وان اشتد جاز الوضوء به عند ابى حنيفة لحل
شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده ولا يجوز التوضى بما سواه من الانبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف
القياس فبقى الباقى على موجب القياس ولانه علل بعلة قاصرة وهى كونها ثمرة طيبة على ما اسم وصفة ولا يوجد فى غيره اعلم ان القدورى ذكر
فى شرحه عن اصحابنا ان التوضى بنبيذ التمر لا يجوز الا بالنية كالتيمم لانه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضى به حال وجود الماء ولو توضا بالنبيذ
ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم بوجود الماء

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء شرع فى التيمم
لما ان حق الخلف ان يعقب الاصل او نقول ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله فان قيل كيف نزل التاسى
بكتاب الله فى تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع ان الله تع قدم المريض على المسافر فى قوله وان كنتم مرضى او على سفر اجيب بان
التيمم مرتب على عدم الماء وهو فيهما حقيقى وفى المريض حكمى والتيمم فى اللغة القصد وفى الشريعة هو القصد الى الصعيد للتطهير فالاسم الشرعى
فيه معنى اللغوى وثبوته بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تع فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها فى غزوة المريسيع حين عرس رسول
الله صلعم ليلة فسقطت من عائشة رضها قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلعم فبعث رجلين فى طلبها فنزلوا ينتظرونها
فاصبحوا وليس معهم ماء فاغلظ ابو بكر على عائشة وقال حبست رسول الله والمسلمين على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء اسيد بن الحضير الى
عائشة فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا آل ابى بكر وفى رواية رحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله فيه للمسلمين فرجا واما
السنة فما روى عن رسول الله صلعم انه قال جعلت لى الارض مسجدا وطهورا اينما ادركتنى الصلوة تيممت وصليت وقوله صلعم التيمم طهور
المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء ما يكفى لرفع الحدث الذى به لان ما دونه يستوى وجوده وعدمه اذ لا تثبت به اباحة
الصلوة فكان كالمعدوم لا يقال ماء فى قوله تع فلم تجدوا ماء نكرة فى سياق النفى فيتناول ما يسمى به قليلا كان او كثيرا وذلك يقتضى ان
لا يجوز التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء وان كان لا يكفى الوضوء كما فى ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعى لانا نقول
المراد به ما يحل به الصلوة الا يرى ان وجود الماء النجس لا يمنعه فان تناول النكرة المذكورة هو الحل موقوف على ما يكفى بالاتفاق قوله او كان خارج

المصر منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز ان يكون
مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر وفي بعض
النسخ بين الماء وهو اولى نحو الميل او اكثر وفيه اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا المواضع المستثناة على ما سياتي وذكر في
الاسرار لو عدم الماء في الامصار جاز فيها ايضا لان الشرط عدمه فانما تحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله او خارج المصر اتفاقيا
بحسب العادة لما ان عدم الماء في الامصار نادر عادة قيل قوله او اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر واجيب بانه تاكيد لان معنى التاكيد
هو ان يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول وهذا كذلك ورد بان تخلل العاطف يأباه وقيل ذكره نفيا لرواية الحسن عن ابي حنيفة
ان الماء ان كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن فميل وغيرها من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا
فاذا كان ظنه ان الماء من حيث هو فيه ميل او اكثر تيمم وان كان ظنه انه ميل او اقل لم يتيمم حتى اذا تحقق انه ميل يجوز وفيه لطف لانه بنى كلامه على ما يعلم
حزرا وظنا فمن اين يتحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء وقوله الى عشر ح للكثرة لا للغاية لجواز التيمم في
اكثر من ذلك ايضا اذا لم يجد الماء قوله والميل هو المختار في المقدار احترازا عن غيره من الاقوال فانه روي عن محمد انه يجوز التيمم اذا كان الماء
على قدر ميلين وعن الكرخي ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر المشايخ وقد ذكرنا انفا رواية
الحسن عن ابي حنيفة وروى عن زفر ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم والا فيجزيه وان قرب الماء والميل
ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر الف خطوة وقدره ابن شجاع الميل بثلثة الاف ذراع وجه المختار انه يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول
الى الماء في هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع وقوله والماء معدوم حقيقة يجوز ان يكون تلويحا الى ما يقال النص مطلق عن ذكر
المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق الكتاب بالراي وهو لا يجوز وتقريره ان المنصوص عليه كون الماء معدوما وههنا معدوم حقيقة
لكن نعلم بيقين ان عدمه مع القدرة عليه بلا حرج ليس بمجوز للتيمم والا لجاز لمن سكن شاطئ البحر وقد عدم الماء من بيته فجعلنا الحد الفاصل
بين البعد والقرب لخوف الحرج لان الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقوله والمعتبر المسافة دون
خوف الفوت احترازا عما ذكرنا من قول زفر انفا قال التيمم شرع لضرورة الحاجة الى اداء الصلوة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه
وقلنا التفريط جاء من قبله بتاخير الصلوة فليس له ان يتيمم اذا كان الماء قريبا منه وقوله تيمم لما تلونا يعني قوله تعالى وان كنتم مرضى وقوله
ولان الضرر في زيادة المرض اكثر لان ثمن الماء مال خلق وقاية للنفس فكان تبعا ولما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي هي تبع فلان يكون
مدفوعا عن الموقى الذي هو اصل اولى وقوله لا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك كالمبطون او بالاستعمال كالجدري والحصبة دون
واعتبر الشافعي خوف التلف اي تلف نفسه او عضوه وهو اي اعتباره مردود بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى
باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الاية وهو قوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج فان
الحرج انما يتحقق من يشتد مرضه فبقي الباقي على ظاهره فان قيل لم لا اطلاق النص لتقيده بالعدم اجيب بان العدم شرط في حق المسافر
دون المريض وقوله ولو خاف الجنب الخ ظاهر ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار هما
سواء وذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه فجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه الحلواني قال والتيمم ضربتان . اشارة الى ان
نفس الضرب داخل في التيمم فمن ضرب يديه على الارض للتيمم واحدث قبل ان يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم مسحهما بهما لم يجز لانه احدث
بعدما اتى ببعض التيمم وكان كمن احدث في خلال الوضوء وذكر الامام الاسبيجابي جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم احدث
ثم استعمله واختار لفظ الضرب وان جاز الوضع ايضا للمبالغة في ايصال التراب الى اثناء الاصابع وقوله وبالاخرى
يديه الى المرفقين نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الاباط وهو رواية عن مالك ورواية الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو
مروي عن ابن عباس وقوله ينفض النفض تحريك اليد ليسقط ما عليه من غبار او غيره وقوله بقدر ما يتناثر التراب اشارة
الى انه لا يتقدر بمرة كما روي عن محمد بل ان احتاج الى الثاني فعل ولا بمرتين كما روي عن ابي يوسف بل ان تناثر بمرة لا يحتاج
الى الثاني لان المقصود هو ان لا يصير مثلة وهو يحصل بالنفض سواء كان مرة او مرتين والمثلة ما تمثل به في تبديل خلقه وتغيير

وتغيير هيئته سواء كان بقطع عضو او تسويد وجه وتغييره وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهما تيمم رسول الله صلعم وكيفيته ان يضرب بيديه
على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بهما وجهه ثم يضرب كفيه فينفضهما ويمسح بباطن اربع اصابع يده اليسرى ظاهر
يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر بباطن ابهام يده اليسرى على
ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك وقوله ولا بد من الاستيعاب يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا
لم يجز كما في الوضوء وقوله وفي ظاهر الرواية احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة قال الاكثر يقوم مقام الكل لان في الممسوحات الاستيعاب
ليس بشرط كما في مسح الخف والراس وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح
والاستيعاب في الوضوء شرط فكذا فيما قام مقامه ولولا الخلفية لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضي وهو ذكر الايدي في الكتاب
والسنة ولا يلزم اية السرقة لان النبي صلعم بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل بخلاف ما نحن فيه فان قيل الدليل على ان حقيقة
اليد ليست بمرادة فان الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الالة فلا يقتضي استيعاب المحل اجيب بان الباء صلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا
بايديكم الى التهلكة فلا يقتضي بعض المحل وفيه بحث ذكرناه في التقرير والانوار وقوله والحدث والجنابة فيه سواء في التيمم من حيث الجواز والكيفية
والالة سواء وهو قول اصحابنا وعليه العلماء وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض
والنفساء وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى او لامستم النساء محمول على المس باليد
او على الجماع فذهب الاولون الى الثاني والاخرون الى الاول قالوا والقياس ان لا يكون التيمم طهورا وانما اباحه الله للمحدث
فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليس في معناه ليلحق به بل هي فوقه وقال الاولون الملامسة اريد بها الجماع
مجازا بسياق الاية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في اية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب حال عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله
او جاء احد منكم من الغائط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان والحدثان مذكوران في اية البدل كما ذكرا في اية الوضوء ولئلا
يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط في حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم
للمحدث فرسوله صلعم شرعه للجنب ايضا لما روي ان قوما جاءوا اليه صلعم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا
الجنب والحائض والنفساء فقال صلعم بارضكم وفي الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حديث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن
حصين ان رسول الله صلعم راى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني
جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك وقوله ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بيان لما يجوز به التيمم وقوله بكل ما كان من جنس الارض
قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر او ينطبع او يلين كالحديد ليس من جنس الارض وههنا لطيفة وهي ان الله خلق درة نظر
اليها فصارت ماء ثم تكاثف منه وصار ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا وكان الماء اصلا ذكره المفسرون وهو
منقول عن التورية فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات كالشجر ونحوه والمعدني كالحديد وشبهه وليس
بتبع للماء وحده حتى يقام مقامه ولا للتراب لذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس له اختصاص بشيء منها حتى يقوم مقامه
وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل ثم رجع عنه الى انه لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا
اي ترابا منبتا بهذا فسره ابن عباس وهذا يقتضي القصر عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول بما روينا من قوله صلعم عليكم
بارضكم ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض
وقال الزجاج في معاني القران لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب ان الصعيد وجه
الارض قال الحصيري سمي به لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق
بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او لانه لو كان التراب المنبت [illegible]
لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات ليس له اثر في هذا الباب ومما يدل على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم وقوله وهو مراد بالاجماع دليل اخر
وتقريره ان الطيب مشترك بين الطاهر والمنبت والطاهر مراد بالاجماع كما مر انفا فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له

ثم لا يشترط ان يكون عليه اي على الصعيد غبار يلتزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والآجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد
وان كانت ملساء لا غبار عليها عند ابي حنيفة ومحمد في احدى الروايتين عنه لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وفي رواية اخرى عنه
وهو قول ابي يوسف والشافعي لا يجوز بدونه لقوله تعالى وامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اي من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشيء من الارض
لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحمل من على ابتداء الغاية وكذا يجوز بالغبار بان نفض ثوبه او لبده مع
القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد وابو يوسف لم يجوزه مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه
والمامور به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز عن الركوع والسجود ودليلهما قوله لانه
تراب دقيق فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب وكما يجوز التيمم بالخشن منه فكذلك بالرقيق والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده
لا مجرد اصابة الغبار مع النية فلو اصاب وجهه وذراعيه غبار ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما قال والنية فرض في التيمم خلافا
لزفر • هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو طاهر لان الخلف هو ما لا يجوز الاتيان به الا عند عذر وجد في الاصل وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف
لا يخالف الاصل في وصفه اي في وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه و
لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك واما انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه وقد تقدم البحث فيه وقد قيل ايضا في تقريره التيمم يدل على القصد
والقصد هو النية وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر ثمه ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لها على النية
ونظر فيه لان القصد المامور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النية في التيمم اي ينوي الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلوة
وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما مامورا به ان يكون الآخر شرطا وقوله او جعل طهورا دليل آخر وتقريره جعل التراب طهورا
بشرطين بشرط عدم الماء وبشرط ان يكون التيمم للصلوة لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا انما على قوله اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم والمراد
فاغسلوا للصلوة فكذا قوله فتيمموا للصلوة فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية وقوله والماء طهور بنفسه
جواب سؤال تقريره ان الماء ايضا في الآية جعل طهورا في حالة مخصوصة كما ذكرتم فكان الواجب ان يكون النية شرطا فيه وتقريره
ان الماء طهور بنفسه اي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج الى النية كما في ازالة النجاسة العينية وقوله ثم اذا نوى الطهارة طاهر وقوله هو الصحيح
من المذهب احتراز عما قال به ابو بكر الرازي فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او للجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما
عن الآخر الا بالنية كصلوة الفرض عن النافلة ووجه ما قال في الكتاب ان التيمم طهارة فلا يلزم نية اسبابها كما في الوضوء قال فان تيمم
نصراني يريد به الاسلام نصراني يتيمم يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة
مقصودة اما القربة فلان الاسلام اعظم القرب واما انها مقصودة فلان المراد بها هيهنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالشروط واذا كان كذلك
صح تيممه كالمسلم يتيمم للصلوة بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف فانه لا يكون متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله
في ضمن شيء آخر ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا يصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح
بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا ولا يصح بدون الطهارة قال في النهاية في هذا اللفظ
اشارة الى ان الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا يصح تلك القربة بدون الطهارة كان متيمما وليس الامر كذلك فان كان الكافر اذا تيمم للصلوة ثم اسلم
لا يجوز الصلوة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في مبسوطه بل المعول في التعليل ان يقال الكافر ليس باهل للنية لانها عبادة والتيمم
لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق ابو يوسف بين نية للاسلام ونية للصلوة فقال يكون متيمما في الاول
دون الثاني وقال لان الاسلام يصح منه فيصح نية التيمم منه للاسلام بخلاف ما لو تيمم بنية الصلوة لان الصلوة قربة لا تصح من الكافر
ولا يصح بنية الصلوة فيجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة فبقي التيمم من غير نية فلا يصح وان توضأ النصراني لا يريد به الاسلام ثم
اسلم فهو متوضئ عندنا لان النية ليست بشرط عندنا فعدم اهليتها لا يضر وقال الشافعي ليس بمتوضئ لان النية شرط وليس من اهلها
فقوله بناء على اشتراط النية دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر
يبطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية في النكاح بان كان له رضيعين وقد زوج كل واحد منهما بالآخر او باسمائهم ارضعتهما امرأة

امرأة فانه يرتفع النكاح واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عند زفر
فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب بانه روي عنه في رواية لم يشترط فيها النية للتيمم وقيل المنافاة
بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للصلوة والكافر ليس باهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلا نوى او لم ينو وسوى
فيه الابتداء والبقاء ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا ومعناه ان التيمم عدم كما وجد لكونه فعلا فعند الكفر لا يكون التيمم
موجودا حتى يبطل لوجود ما ينافيه بل الباقي صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعتراضه عليه كاعتراضه على الوضوء وانما لا يصح
من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك لوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله
والوضوء والتيمم من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب بان الردة تحبط العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء
فان الحدث يزول به وان كان لا يثاب على وضوئه قال وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء • قد تقدم ان التيمم خلف عن
الوضوء ولا شك ان الاصل اقوى من الخلف فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى فكلما نقض الوضوء
نقض التيمم وينقضه ايضا رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال واسناد النقض الى رؤية الماء اسناد مجازي لان رؤية الماء
عند القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندنا والناقض حقيقة هو الحدث السابق لخروج النجس قوله
لان القدرة هي المرادة قد ذكرناه من قبل وقوله هو غاية لطهورية التراب سماه غاية من حيث المعنى اذ ليس في لفظ الكتاب
العزيز ما يدل على ذلك والمذكور في الحديث قوله صلعم ما لم يجد الماء كلمة المدة اي ما دام انه غير واجد للماء ولكن معناهما يلتقيان
في ان الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية فان قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء
فانه يصير نجسا بالاستعمال وينتهي طهوريته ولا تنتهي الطهارة الحاصلة به واجيب بان الطهارة الحاصلة به صفة راجعة الى المحل
وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء وخائف العدو سواء كان خائفا على نفسه او على ماله كذا في شرح الطحاوي والسبع والعطش
عاجز حكما لان صيانة النفس اوجب من صيانة الطهارة بالماء فان لها بدلا ولا بدل للنفس والنائم يعني من لم يكن مضطجعا ولا
مستندا في المحل فانه اذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا يتأتى هذه المسئلة قادر تقديرا اي حكما عند ابي حنيفة فينتقض به تيممه
لانه عاجز عن الاستعمال بعذر جاء من قبله فلا يكون معذورا وقيل ينبغي ان لا ينتقض عند الكل لانه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به
يجوز تيممه عند الكل وقال الامام التمرتاشي ذكر في زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النائم المار بالماء روايتان من غير ذكر خلاف وقوله
والمراد ما يكفي للوضوء يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقدمنا من قبل وقوله لان الطيب يعني قوله تعالى صعيدا طيبا اريد به الطاهر بالاجماع
كما تقدم وقوله ويستحب لعادم الماء قيل هذه المسئلة تدل على ان الصلوة في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا اذا تضمن
التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلوة باكمل الطهارتين ورد بان هذا ليس منهجا لاصحابنا الا ترى الى ما صرح به
صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير
الشمس مع تقديم المغرب وتأخير العشاء الى ما قبل الثلث على ما سيأتي وقوله لعادم الماء ليس احترازا عن غير عادمه بل هو احتراز
عن قول الشافعي فان عنده ان عادم الماء وان رجا ان يجده في آخر الوقت تقدم الصلوة وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز
عن غير الطامع بل هو الزام على الشافعي لان مذهبه ان التأخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظيره قول الاصحاب
في موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق بين الانزال وعدمه في الموجبية
لا محالة وانما هو احتراز عن قول الانصار وقوله في غير رواية الاصول رواية الاصول الجامعين والزيادات والمبسوط
ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات وقوله لان غالب الرأي كالمتحقق
الا ترى ان الله تعالى سمى غالب الرأي علما قال فان علمتموهن مؤمنات الآية ووجب العمل بخبر الواحد والقياس
لذلك قال الشيخ عبد العزيز هذا التعليل مشكل لانه يقتضي ان يجب التأخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد الماء
في الروايات الظاهرة ليصح مقتديا به وليس كذلك فانه ذكر في اول الباب ان من كان خارج المصر يجوز له التيمم اذا كان

بينه وبين الماميل او اكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء في آخر الوقت او غالب ظنه
ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل وان كان اقل لا يجوز وان خاف فوت الصلوة فلو حمل هذا يعني التعليل على ان المراد
ان التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الاصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم ايضا لانه علل وجه ظاهر الرواية
بان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله وذلك يقتضي ان حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر
الرواية وليس كذلك على ما بينا ولو حمل على ان هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع اقل من ميل لم يستقم ايضا لانه لا فرق
في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة اقل من ميل في عدم جواز التيمم كما انه لا فرق بينهما فيما اذا
كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح في آخر هذا الباب انه اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء لا يجزيه التيمم فبذلك
فعلم انه مشكل بقي وجه آخر وهو ان يحمل هذا على ما اذا لم يعلم ان المسافة قريبة او بعيدة فلو ثبت انه تيقن بوجود الماء في آخر الوقت ففي هذه
الحالة يجب التاخير في ظاهر الرواية لانه لما تيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد امن من الفوات ولما ثبت بعد المسافة للتشكيك فيه لم يثبت
جواز التيمم فيجب التاخير اما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصل لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية لا يجب
التاخير لان العجز ثابت كعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو اليقين بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد
فلا يجب التاخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن المحل ويلزم عليه انه فرق بينهما بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب
على ظنه انه بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما اذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا قال فالاظهر بقاء الاشكال **قوله** ويصلي
بتيممه • اي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد واوقات متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم
لكل فرض لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند روية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع
الحدث لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلوة للضرورة فاذا صلى الفرض فقد انتفت الضرورة ولا يعود الا بمجئ وقت آخر وهي في
حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فبقي بالنسبة اليها ولنا انه اي التراب طهور بشرط عدم الماء بالنص وكل ما هو طهور بشرط
يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء فانه طهور بشرط كونه طاهرا او يعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت هذه العبارة تقتضي ان يكون وجود الشرط
مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك فان كل واحد من
عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز ان يستلزمه **قوله** ويجوز التيمم للصحيح في المصر • الاصل فيها ان كل ما يفوت لا الى بدل جاز
اداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلوة الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلوة العيد يفوت لا الى بدل **وقوله** للصحيح احتراز
عن المريض فانه يجوز له التيمم في المصر وغيره وليا كان او غيره خاف الفوات او لم يخف **وقوله** في المصر احتراز عن المفازة لان التيمم
فيها جائز وليا كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا **وقوله** اذا حضر جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها **وقوله** والولي غيره لان المتيمم اذا
كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة **وقوله** فخاف ان يفوته الصلوة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له
التيمم **وقوله** وسواي عدم جواز التيمم للولي رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم
للولي لما روي ان ابن عباس قال اذا فجاءتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليه ولم يفصل من الولي وغيره **وروي** عن ابن
عمر رضه في صلوة العيد مثله فان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد وكان شروعه بالوضوء تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء
لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلوة بالجماعة فلا يخاف الفوت ولابي حنيفة ان الخوف باق لانه يوم ازدحام
فلا يؤمن من اعتراض عارض يفسد عليه مثل ان يسلم عليه انسان فيرد عليه السلام او تهنئة بالعيد فيجيبه او ما يشبه ذلك فيفسد عليه صلوته
وهي لا تقضى لانها لم تشرع الا بجماعة فكان خوف الفوت باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا عليه الوضوء
كان واجدا للماء في صلوته فتفسد صلوته فانه يستانف الصلوة **قيل** هذا اختيار بعض المتاخرين **ومنهم** من قال يتوضى ويبنى
لقدرته على الماء والاداء الى تمام ان اللاحق يصلي آخر وفرق بين هذا وبين من تيمم يجد الماء في خلال الصلوة بان التيمم ينتقض هناك بصفة
الاستناد الى ابتداء وجود الحدث عند اصابة الماء لانه يصير محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند

عند اصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطاري على التيمم ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صليها والا صلى
الظهر وفي بعض النسخ صلى الظهر اربعا **قيل** هو تاكيد وقطع لارادة الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه **وقوله** لانها اي الجمعة يفوت الى
خلف وهو الظهر جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت هو الظهر عند ابي حنيفة وابي يوسف والجمعة خلف عنه **قيل** اشارة الى انه
قول محمد وهو المختار **وقيل** لانه متصور بصورة الخلف فان الجمعة اذا فاتت يصلي الظهر **وقوله** بخلاف العيد يعني بخلاف صلوة العيد
فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها تفوت لا الى خلف حيث لا يقضى **وقوله** وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ فانه
لا يتيمم لسائر الصلوات المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا يقال هذا قد وقع مكررا لما ان هذا الحكم عرف من اول
الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الوقت لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري **وقيل** لانه علل
بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر **قوله** والمسافر اذا نسي الماء في رحله اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله فاما ان
كان عالما به بان وضعه بنفسه او غيره بامره او لم يكن بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق لان المرء
لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه ان الماء قد نفد فعليه الاعادة بلا خلاف لان التفريط جاء من قبله وان كان
نسيانا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند ابي حنيفة ومحمد **وقال** ابو يوسف عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت او بعده وهو قول
الشافعي لانه واجد للماء وهذا ليس بعادم له بل هو واجد له عادة لان الماء في رحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل
يضاد الذكر فلا ينتفي به الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولان رحل المسافر معدن للماء عادة وهذا كان
وكل من هو معدن الماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كمن كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه حتى لو جاء قوما ولم يرهم
عندهم ماء فتيمم قبل طلبه منهم وصلى ثم علم انه كان عندهم ماء لم تجز صلوته **ولهما** انا لا نسلم انه واجد لان المراد بالوجود القدرة لما يعدم
ولا قدرة الا بالعلم **وقوله** وما الرحل جواب عن النكتة الثانية **وتقريره** ان رحل المسافر معدن الماء عادة معد للشرب او الاستعمال
والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع **قوله** ومسالة الثوب على الاختلاف جواب عن المقيس عليه **وتقريره** ان الحكم فيه عندنا
كالماء فلا ينهض حجة ولئن سلمنا انه على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا بطريق المعارضة
يعني ان الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز ان يكون الحكم مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس والاولى ان يجعل ممانعة اي
شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في صورة النزاع لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الى آخره
وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على الظن ان بقربه ماء **وقال** الشافعي الطلب شرط بيمنه ويسره لقوله تعالى فلم تجدوا وعدم الوجود
لا يتحقق الا بعد الطلب **ولنا** ان قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا عن قيد الطلب فيعمل باطلاقه وهذا عادم لان الغالب
عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل واجدا حكما فان الغرض انه ليس كذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ماء لم يجز
التيمم حتى يطلبه لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم ان بقربه ماء لم يجز له التيمم فكذا اذا غلب
على ظنه والغلوة مقدار رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى اربعمائة ذراع **وقوله** وان كان مع رفيقه ماء طلب **وقوله** ولو تيمم
قبل الطلب اجزأه عند ابي حنيفة ذكر الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين ابي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب
وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه ماء فعليه ان يسأله الا على قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج
وما شرع التيمم الا لدفع الحرج **قوله** ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل هذه على ثلثة اوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب موضع
من المواضع الذي يعز فيه الماء او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة على البدل
قدرة على الماء فيمنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان
حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف
الثمن **وقال** بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري يلزمه الشراء بجميع ماله افراط كما ان قول الشافعي
الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة كانت او كثيرة تفريط نظرا الى اعتبار خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن

اليسير والفاحش معتبر في الشرع **باب المسح على الخفين** انما اعقب المسح على الخفين التيمم لان كل واحد
منهما طهارة مسح او انهما بدلان عن الغسل من حيث انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل البعض
والمسح على الخفين جائز بالسنة اى بقول النبي صلعم وفعله والاخبار فيه مستفيضة اى كثيرة شائعة فعلا وقولا واما الفعل فقد رواه
ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضهم انه صلعم مسح على خفيه واما القول فقد روى عمر وعلي وجماعة من الصحابة رضهم
انه صلعم قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة توضأ رسول الله صلعم في سفر وكنت
الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني
ربي وعن صفوان بن عسال رضه قال كان رسول الله صلعم يامرنا اذا كنا سفرا او مسافرين ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام
ولياليهن الا عن جنابة ولكن من بول وغائط ونوم وقال الحسن البصري ادركت سبعين نفرا من اصحاب رسول الله
صلعم كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف
خبر المسح يجوز نسخ الكتاب لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين اى لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي
اخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر ومما يدل على انه مبتدع ما روي عن ابي حنيفة انه سئل عن مذهب اهل السنة
والجماعة فقال هو ان تفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر على سائر الصحابة وان تحب الختنين يعني عثمان وعليا وان ترى المسح على الخفين
فان قلت فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة انهم انكروا المسح على الخفين قال ابن عباس لان امسح على ظهر عير في
الفلاة احب الي ان امسح على الخفين وقالت عائشة لان تقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين قلت
ما صح من رجوعهم الى جوازه اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عائشة فقد صح
عنها انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلعم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعها ايضا شريح بن هانئ قوله ولكن من
راه استدراك من قوله ان من لم يره كان مبتدعا وقوله كان ماجورا قيل من رواية اصول الفقه فان فيها المسح على الخفين
رخصة اسقاط كالصلوة في السفر والعزيمة لم تكن مشروعة فيها فكيف يوجر على غير المشروع واجيب بانه انما يكون كذلك ما دام
المكلف فيه متخففا فاما اذا نزع خفيه او احدهما ولذلك لا محالة تحقيقه فلا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع وصار ذلك
كمن ابطل سفره فانه سقط عنه بسبب رخصة سقوط شطر الصلوة وهذا اللفظ اعني قوله كان ماجورا اتى به شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه فتابعه المص ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة ان ابا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على
الخفين الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي ان يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من
الروافض واما لان قوله ارجلكم قرئ بالخفض والنصب فينبغي ان يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملا
بالقرائتين فمن الحق منهما قلت ان حملت على قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يتركه بالكلية توافقا فانه ليس في كلام
المص ما يدل على ان مراده ان لا يمسح ابدا بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع
قال ويجوز من كل حدث موجب للوضوء خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازا عن الجنابة على ما سيجيء وجعل الحدث
موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط لوجوبه فجاز ان يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر قوله وبحدث
متاخر اي وخصه بحدث متاخر عن الوضوء لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لا رافعا للحدث لان الرافع هو المطهر
والخف ليس كذلك قوله ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا ابتدأت والدم يسيل ثم خرج الوقت وتوضأت
فانها لا تمسح لان بخروج طهر الحدث السابق وكذلك المتيمم اذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لانه برؤية الماء ظهر الحدث السابق فلو جاز
المسح كان الخف رافعا وليس كذلك وقوله ثم خرج الوقت اشارة الى ان لها ان تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا الحكم منحصرا فيما ذكر وهو لبس
على السيلان بل كان الدم سائلا عند الوضوء دون اللبس او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس جميعا فانها
تمسح كالصحيح سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان الثابت من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو

وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المص من قوله لا يفيد اشتراط الكمال كان هذا التقدير في كلام
القدوري تسامح وان كان غير ذلك فيحتاج الى بيان لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتامل وقوله حتى لو غسل رجليه قيل لا يصلح ان
يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس طاهرا كاملة فان عدم جواز المسح مبنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باشتراط الطهارة الكاملة وقت
اللبس وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا
وقال الشافعي لم ينزع الخف الاول لا يجوز له المسح وان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسه بعد اكمال الطهارة ويمكن
ان يقال لما اثبت المص بالدليل فيما تقدم ان الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبني هذا النوع على هذا الاختلاف واستدل على ما هو المذهب
بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر تمام وكلما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى كمال الطهارة فيه وقت المنع عن
حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم وهو شرع مانعا لا رافعا ولقائل
ان يقول لا نسلم انه يكون رافعا بل يكون مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل فاذا انضم اليه غسل بقية الاعضاء ارتفع
الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني عن اعضاء الوضوء فكان مانعا لا رافعا والجواب انا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة
كاملة وان اختلفا في وقتها فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لزم ان يكون الخف رافعا للحدث الحكمي الحال بالقدم لانه وان
زال بالماء حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي وعن بقية الاعضاء ايضا ليرد المسح على طهارة كاملة فكان رافعا لا مانعا ولزم الخلف فان قلت
هذا يقتضي وجود الطهارة الكاملة وقت الحدث ونحن لا نمنع ذلك وانت تقول انما لا يكفي بل يحتاج الى وجودها وقت اللبس ايضا
وما ذكرتم لا يدفع ذلك قلت هذا انما نص ولا دافع له في كلام المص ودافعه ان وجودها يحتاج اليه عند ظهور ما يزيلها وهو
الحدث تحقيقا للازالة واما قبل ذلك فهي مستغنى عنها فلا فائدة في اشتراطها قال ويجوز للمقيم يوما وليلة يجوز المسح للمقيم يوما
وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها وقال مالك في رواية عنه المقيم لا يمسح اصلا والمسافر مسحه مؤبد وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر
واحتج للاولى في المقيم بان المسح للضرورة ولا ضرورة في المقيم دون المسافر بحديث عمار بن ياسر رضه قال قلت يا رسول الله
امسح على الخفين يوما قال نعم حتى انتهيت الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك وللثانية بما روى سعد بن ابي وقاص
وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان في جماعة من الصحابة رضهم فانهم رووا المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الطحاوي ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلعم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة
وصفوان وعوف بن مالك وابو بكر وغيرهم من الصحابة رضهم والمشهور لا يترك بالشاذ قال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود
قد اختلف في اسناده وليس بقوي وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري
حديث مجهول على ان تاويله ان مراده صلعم بيان ان المسح مؤبد غير منسوخ لا ان لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فانه
يلبس الخف حين يصبح ويخرج لحوائجه ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته وابتداؤها اي ابتداء مدة المسح عقيب الحدث لا من وقت
اللبس كما ذهب اليه الحسن البصري مستدلا بان جوازه ثبت به فيعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعي وابو ثور
واحمد في رواية محتجين بان التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس
ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث
الى ما بعد الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى الرجل والمنع
عن الشيء انما يكون مانعا حقيقة عند ظهور الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر المدة من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع
وقال الشافعي وهو قول مالك السنة مسح اعلى الخف واسفله لما روي ان رسول الله صلعم مسح اعلى الخف واسفله وقوله خطوطا بالاصابع
وهو منصوب على الحال يعني مخطوطا احترازا عن قول عطا فانه يقول بتثليث المسح اعتبارا بالغسل وذلك لان الخطوط انما يبقى اذا مسح
مرة واحدة وكيفية ذلك ان يضع اصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن واصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما
الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع الكف مع الاصابع قيل كان احسن لان الدليل الدال على المسح على ظاهرهما

وهو حديث المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما الحديث يشير الى ذلك حيث قال وضع يديه ولم يقل
اصابعه وما رواه من انه عليه السلام مسح اعلا الخف واسفله فقد طعن فيه ائمة الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه ما يلي
الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافا للشافعي في قول دون
لانه معدول به عن القياس اذ القياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما اشار اليه عليه السلام بقوله لو كان الدين
بالراي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني رايت رسول الله صلعم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وانما كان الراي ذلك لان
الخف يلاقي الارض بما عليها من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس راعى جميع ما ورد به الشرع
والبداءة من الاصابع استحبابا حتى لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب غاية ولقائل ان
الشرع ورد بمد اليدين من الاصابع الى اعلاهما فكان الواجب ان يكون البداءة بالاصابع حتما لا استحبابا كالمسح على ظاهرهما فالاعتبار بالاصل
ترك لما ورد به الشرع وكذلك التقدير بثلثة اصابع على ما نذكره فانه عليه السلام مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روي انه صلعم مسح على
خفيه من غير ذكر مد الى الساق فجعل المفروض اصل المسح مقدار ثلث اصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة واما التقدير بثلثة اصابع فاشارة
قوله عليه السلام خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلثة واختلف في الاصابع مذهب عامة علمائنا الى انها اصابع اليد وقال الكرخي
اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهي اكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق والاول اصح اعتبارا للآلة فان المسح فعل يضاف
الى الفاعل لا الى المحل فيعتبر الآلة كما في الراس وذكر ابن رستم عن محمد انه لو وضع ثلثة اصابع وضعا اجزءه قال القدوري هذا يدل
على انه مقدر باصابع اليد وعن هذا قال في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا لان قوله لو وضع ثلثة اصابع وضعا لا يعتد بشيء من الطول
والعرض قال ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير • روي كثير بالثاء المنقوطة من فوق وكبير بالباء المنقوطة من تحت والاول
يقابل القليل والثاني يقابل الصغير وقوله من بعد وان كان اقل من ذلك يرجح الاول وفي هذه المسئلة اربعة اقوال الاول
شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعي والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن
مالك رحمه والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو استحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح
ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثاني ان الخف
يمنع سراية الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف
لا تخلو عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فآثار الدروز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقه الحرج في
النزع فجعل عفوا ولا يخلو عن الكثير فلا حرج وما ذكره من اعتبار اصابع الرجل هو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلث
اصابع منع قطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها وقوله هو الصحيح احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان
المعتبر ثلث اصابع من اصابع اليد لانه آلة المسح وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكبر الاصابع ان كان الخرق عند اكبرها
واصغرها وقوله لان الاصل دليل على المقدار والصغر وقوله ولا معتبر بدخول الانامل ظاهر ولم يذكر اذا كان يبدو قدر ثلث انامل
من اصابع الرجل قال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلث اصابع بكمالها والثاني ما قال شمس الائمة الحلواني وقال في النهاية
وهو الاصح وقوله ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد لانه يمنع قطع السفر بالآخر واضح قيل ينبغي
ان يجمع في الخفين ايضا لان الرجلين صارا كعضو واحد لدخولهما تحت خطاب واحد اجيب بانهما صارا كعضو واحد في حق حكم
شرعي والخرق امر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له
حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احدى الرجلين الى الاخرى لم يجز والحاصل ان الرجلين شبيهها بعضو واحد
وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين قلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبعدم غسل ما فيه الخرق دون الاخر
نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد وقوله بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين نجاسة
قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما لما ذكر في الكتاب وانكشاف العورة نظير النجاسة وقد وجد وجه الرابع واضح وقوله ولا يجوز المسح

لمن وجب عليه الغسل قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ما يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل
رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب
غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف وعسال بالعين المهملة بياع العسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصوير فان السكب
يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج الى التصوير وقوله ولان الجنابة يشير الى ان شرعية
المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث دون الجنابة قال وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء • كل ما ينقض الوضوء ينقض
المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له بل ناقضا لبعضه هذا خلف وكذا ينقضه نزع
الخف لان الحدث السابق لخروج النجاسة من بدن الانسان كان ممتنع العمل بوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث
الى القدم وعمل عمله وهذا كما ترى على طريقة تخصيص العلل والمخلص معلوم وكذا نزع احدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر
الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين وقيد بالواحدة لانهما في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الراس
والرجلين وكذا مضي المدة لما روينا من رواية صفوان ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على الخفين قائم مقام
غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لم يجب عليه غسل الرجلين فكذا هذا والجواب انه قائم مقامه شرعا في وقت
مقدر فاذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم قوله واذا مضت المدة قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله وكذا مضي المدة واجيب
بان ذكره تمهيد لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه الخ وقوله وليس عليه اعادة بقية الوضوء احتراز عن قول الشافعي فانه
يقول عليه ان يعيد الوضوء لان طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي مدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى فصار كالمنتقض بالحدث
والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس والمضي ليس كذلك واذا سرى حدث كان قبل المضي الى الرجلين خاصة لان غسل
سائر الاعضاء قد وجد عن ذلك سواهما فلا يجب غسلها ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقها فكان كمن توضأ ولم يغسل رجليه
يجب غسلهما وقد روي عن ابن عمر رضعما انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي عن اصحاب رسول
الله صلعم ورضي عنهم وقوله وكذا اذا نزع قبل المدة معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء وقوله لان عند النزع دليل مضي المدة والنزع
قبل المدة وقد قررنا اتفاق نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبينما اذا مسح الراس ثم حلق الشعر
حيث لا يلزمه اعادة المسح واجيب بان الشعر من الراس خلقة فمسحه كمسح الراس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث
الى ما تحته شرعا فاذا زال سرى الحدث اليه وحكم النزع وهو النقض يثبت بخروج القدم الى الساق لانه اي الشان او الساق
على تأويل المذكور لا معتبر به في حقه فالخروج اليه ناقض لخروجها من الخف وقوله وكذا باكثر القدم اي يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم
الى ساق الخف هو الصحيح هذا هو المروي عن ابي يوسف وهو قول الحسن بن زياد رحمه ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر
لانه ربما يحصل بدون القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب فاذا وضعها عادت العقب الى مكانها
فلو قلنا ينتقض المسح في مثله وقع الناس في الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة اذا خرج
اكثر العقب من موضعه الى الساق بطل مسحه يعني به اذا بدا له نزع الخف محركه للنزع حتى زال عقبه واما اذا زال باعتبار سعة الخف
لم يبطل اجماعا دفعا للحرج كما ذكرنا ووجهه قوله ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق اذا زال العقب او اكثرها الى الساق
فلا يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا يعني اذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار
محل ما يكفي للمسح لان خروج ما سواه كلا خروج قال ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر • [illegible] في وجه تحول مدته الى مدة
السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر قبل ان ينتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه تحول مدته الى مدة
السفر بالاتفاق وفي وجه لا تحول بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعد ما احدث وبعد ما استكمل مدة المقيم وفي وجه وهو ما اذا سافر بعد ما احدث
قبل استكمال مدة المقيم تحول عندنا خلافا للشافعي رحمه قال المسح عبادة شرع فيها على حكم الاقامة لا يتغير بالسفر كما اذا شرع في الصوم وهو
مقيم ثم سافر وكما اذا شرع في الصلوة في سفينة في المصر فصارت مسافرا في صلوته فانها لا تتغير لان حال الاقامة حال العزيمة وحال السفر

لحال رخصة فاذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين
ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض اذا طهرت فيه يجب عليها الصلوة والطاهرة اذا حاضت فيه
سقطت عنها والمسافر اذا اقام في آخر الوقت يتم والمقيم اذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلوة لانهما لا يتجزيان فاعتبار الاقامة
في اول الصوم لا يبيح فيترجح جانب الحرمة وكذلك في الصلوة ترجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فمما يتجزى فلم يجتمع الاقامة والسفر في
واحد فكان الاعتبار للموجود وهو السفر وقوله بخلاف ما اذا استكمل اي ظاهر قوله ومن لبس الجرموق يعني قبل ان يحدث مسح عليه
الجرموق ما يلبس فوق الخف وقال الشافعي لا يمسح عليه لان بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني بالرأي فان الشرع ورد بالمسح على الخفين
بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة البدل عنه بالرأي وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر رضه قال رأيت رسول الله
صلعم مسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم انه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف
استعمالا وغرضا اما الاستعمال فانه يدور مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا واما الغرض فانه وقاية
للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك ما وجب المسح على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح
على خف ذي طاقين ثم نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب اعادة المسح واجيب بان
الجرموق ليس بتبع من حيث الاصل الا يرى انه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال والغرض كما
ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زالت التبعية دخل الحديث بما تحته فيجب
اعادة المسح واما طاق الخف فلشدة اتصال احدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم انه اذا مسح على الراس ثم حلقه لا يجب
عليه الاعادة وقوله وهو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل وتقريره انا لا نسلم انه بدل
الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع
الخفين وليس كذلك فكان بدل الخف ولزم بدل البدل اجيب بانه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف وكان الخف بدلا عن الرجل اذ
ذاك لزمه المسح عليه ولو كان الجرموق من كرباس ظاهر **قال** ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح • المسح على الجوربين على
ثلثة اوجه في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه
لا يجوز عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وهو ان يكونا ثخينين غير منعلين يقال جورب منعل ومنعل اذا وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم
والمجلد هو الذي وضع الجلد اعلاه واسفله وقوله لا يشفان تاكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى رأيت ما وراءه من باب
ضرب لهما حديث ابي موسى الاشعري ان النبي عم مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق
من غير الربط فاشبه الخف فيلحق به ولابي حنيفة ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن مواظبة
المشي فيه دون الجورب الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى رضع على ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي وعن
ابي حنيفة رح انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع للناس فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قال في الكافي
وعليه الفتوى قوله ولا يجوز المسح على العمامة الخ فيه نفي قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر
قالوا صح ان رسول الله صلعم مسح على عمامته وخفيه قلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء
والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤسكم يقتضي عدم جواز غير الراس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر
الواحد وهو نسخ فلا يجوز او منسوخ قال محمد اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رأيت صفية ابنة ابي عبيد توضأ وتنزع خمارها ثم تمسح
براسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال محمد بهذا نأخذ لا تمسح على خمارها ولا عمامة بلغنا ان المسح على العمامة كان فترك والقفاز
بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المراة في يديها كذا في الصحاح وهو
ويجوز المسح على الجبائر قال قاضي خان اذا كان يضره المسح على الجراحة واما اذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان
التي يجبر بها العظام وانما قال وان شدها على غير وضوء لانها انما تربط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة تفضي الى

الى الحرج فلا يعتبر والاصل في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي عم فعل وامر عليا رضع به حين كسر زنده يوم احد وقيل يوم خيبر
فانه كان حامل راية رسول الله صلعم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال عم اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة
فقال ما اصنع بالجبائر فقال عم امسح عليها من غير فصل بين الغاسل وغيره وقوله ولا يحل الحرج فيه ظاهر واري ان قوله ويجوز المسح
اشارة الى ان مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي والتجريد المسح على الجبائر ليس
بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز الصلوة بدونه خلافا لهما قال لان الامر عليا به والامر للوجوب
وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا يرشد الى ان الامر للاستحباب وقوله ويكتفي
بالمسح على اكثرها لم يذكر في ظاهر الرواية انه اذا مسح على الاكثر اجزأه وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح
على الخفين حيث لا يشترط فيهما الاكثر ان مسح الراس شرع بالكتاب والباء دخلت المحل فاوجبت تبعيضه والمسح على الخفين
ان كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فهي اوجبت مسح البعض فاما المسح على الجبائر فانما ثبت
بحديث علي رضع وليس فيه ما ينبئ عن البعض الا ان القليل اسقط اعتباره دفعا للحرج واقيم الاكثر مقامه وقوله
ولا يتوقت بيان الفرق بين مسح الخف والجبيرة وذلك بامر بينها ما تقدم من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخف
من غير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت مقدر لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر ولا خبر ولان المقادير
لا تعرف الا سماعا فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة اذا سقطت عن غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف
فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين
لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال
العذر وان كان سقوطها في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال
الصلوة فانه يستقبلها لذلك وقيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبينت جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان
جهة المتحرى بدل عن جهة الكعبة واجيب بان ذلك بطريق النسخ لما قبله لا ان اصله كان بطريق النسخ فبقي في حق المتحرى
كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الفائت فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض والاستحاضة

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني ومنهم
من ذهب الى الاول وهو الانسب لان المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو
اقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته او لكونه حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس والحيض لغة هو الدم الخارج
ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء دم ينفضه رحم المراة السليمة عن الداء والصغر قوله السليمة عن الداء احتراز عن النفاس
وقوله والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة او حكما وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته
ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة عندنا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث
وقال مالك لا حد له ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي يوم وليلة ولنا ما روى ابو امامة الباهلي وعائشة وواثلة وانس
وابن عمر رضهم انه صلعم قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود
وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك رضهم والمروي عنهم كالمروي عن النبي عم لان المقادير لا تعرف قياسا ولابي يوسف
ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكره في النوادر
مقام الكمال ولمالك ان هذا نوع حدث فلا يتقدر اقله بشيء كسائر الاحداث وللشافعي ان السيلان لما استوعب جميع الساعات
عرفنا ان الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار بشيء آخر والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز واكثره عشرة ايام
والزائد استحاضة وقال الشافعي خمسة عشر يوما وهو قول ابي حنيفة الاول لقوله صلعم في نقصان دين المراة تقعد احديهن شطر
عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف ولنا ما روينا من قوله صلعم واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع

يمنع الحاق غيره به وليس المراد بالشطر حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فوقان المراد به
ما يقارب الشطر حيضا واذا قدرناه بالعشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق ومن المتاخرين من التزم ان المراد بالشطر
حقيقته وقال هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت بخمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة
للصلوة شطر عمرها قوله وما تراه المراة بيان الوانه وهي ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال
في كونه حيضا لقوله صلعم دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة يضرب الى السواد وعند غلبة الصفرة يرق فيضرب الى الصفرة
ويتبين ذلك لمن افتصد فالصفرة ايضا من الوان الدم اذا رق وقيل هي كصفرة السن او كصفرة التبن واما الكدرة فلونها كلون الماء
الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ترى البياض خالصا سواء رأت في اول ايامها او آخرها وقال ابو يوسف لا يكون
الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي لان الكدرة من كل شيء تتبع صافيه فلو جعلناها حيضا
ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعا ولهما ما روي ان عائشة رضها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا حدث
مالك في موطاه عن علقمة بن ابي علقمة عن امه مولاة عائشة ام المؤمنين رضها انها قالت كانت النساء يبعثن الى عائشة
بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلوة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة
بفتح القاف وتشديد الصاد شيء يخرج من اقبال النساء بعد انقطاع الدم شبه الخيط الابيض وقيل هي الجص شبهت الرطوبة
الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض وقيل ويعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد
الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا يعني ما فعلت عائشة رضها لا يعرف الا سماعا فيحمل على انها سمعت ذلك عن رسول
الله صلعم فان قيل قوله دم الحيض اسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض وهو اقوى من فعل عائشة رضها فلا يجوز تركه به
اجيب بانه من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا دلالة له على نفي ما عداه وقوله وفم الرحم منكوس جواب عن قول ابي يوسف لتاخر خروج
الكدر عن الصافي وكانه قول بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كان كالجرة ثقب اسفلها فان الكدر يخرج
اولا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجوده وقال مستبعدا اكلت قصيلا وذكر ابو علي الدقاق ان الخضرة نوع من الكدرة قال المصنف
ان كانت المراة من ذوات الاقراء كانت حيضا ويحمل على فساد الغذاء لانها اكلت غذاء فاسدا افسد صورة دمها وان كانت
كبيرة اي آئسة وهي ان يكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا يكون حيضا ويحمل على فساد
المنبت فان الدم في الاصل لا يكون اخضر ولم يذكر المص التربية وهي ان يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع
من الكدرة وهي على الاختلاف المذكور وروي التربية بوزن التريعة والتربية بوزن الترعية وهي لون خفي يسير اقل من صفرة
وكدرة وقيل هي من الرية لانها على لونها ولم يذكروا اوان الحيض واختلفوا في ادنى مدة يحكم ببلوغها اذا رأت الدم
فيها وقال ابو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رأت الدم وتمادى بها ثلثة ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل
قدره بتسع سنين وابو علي الدقاق بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل قال والحيض يسقط عن الحائض الصلوة
هذا بيان احكام الحيض قال في النهاية وغيره انها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس واربعة مختصة بالحيض دون النفاس فاما
الثمانية فترك الصلوة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وقراءة القران وحرمة مس
المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المخصوصة فانقضاء
العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة فالسبعة الاولى تتعلق ببروز الدم عندهما بمجاوزة موضع
البكارة وعن محمد انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضأت ووضعت الكرسف ثم احست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف
بعد غروبها فالصوم تام وعن محمد في غير ظاهر الرواية انها تنقضه والثامن يتعلق بنصاب الحيض ويستند الى ابتدائه والاربعة
الباقية تتعلق بالانقضاء قوله ويسقط على مذهب القاضي ابي زيد على حقيقته لان عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي
والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر واما على قول غيره فيكون يسقط مجازا للمنع وانما قال يحرم عليها الصوم

الصوم ولم يقل يسقط اشارة الى انه تقضي وقيل المبتدأة اذا رأت وما تركت الصلوة والصوم عند اكثر مشايخ بخارى وعن ابي حنيفة
حتى يستمر الدم ثلثة ايام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوات لقول عائشة رضها روي ان امرأة سألتها فقالت ما بال احدانا
تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلوة فقالت أحرورية انت كانت احدينا على عهد رسول الله صلعم اذا طهرت تقضي الصيام
ولا تقضي الصلوات فان قيل وجوب القضاء يبتنى على وجوب الاداء في الاحكام فكيف تخلف هذا الحكم عندنا اجيب بان
الاصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس قوله ولان في قضاء الصلوات حرجا ظاهرا وعدم وجوب قضاء الصلوات
ليس بمحتاج الى دليل لانه على الاصل واما المحتاج الى ذلك قضاء الصيام وقد انضاف الى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب ولا تدخل
المسجد وكذا الجنب لما ذكر في السنن الى مسندا عائشة رضها ان النبي عم قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد لحائض
ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور فانه لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام فيه ولا
تمسك له بقوله تع ولا جنبا الا عابري سبيل لان اهل التفسير قالوا الا ههنا بمعنى ولا ولان بالصلوة ضيقها اذ الكلام في حقيقة
وقوله الا عابري سبيل اي الا مسافرين والمسافر يسمى عابرا فيكون معناه والله اعلم الا مسافرين فانه يباح لهم الصلوة
قبل الاغتسال بالتيمم وصورة هذه المسئلة ما قال في المبسوط مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد
عندنا وقال الشافعي جاز ان يدخل مجتازا ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد قيل فاذا كان الطواف في المسجد كان
الحكم معلوما من قوله ولا تدخل المسجد واجيب بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون عند الطهارة فيوهم جواز الطواف وليس
كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهرة ولو علل بقوله لان الطواف بالبيت صلوة كان اشمل واندفع السوال
وقوله ولا ياتيها زوجها اي لا يطأها طاهرا وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القران لقوله عم لا يقرأ الحائض والجنب
شيئا من القران وهو حجة على مالك فانه يجوز للحائض لكونها معذورة محتاجة الى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه
قادر عليه بالغسل او التيمم وسواء الحدث باطلاقه اي لعمومه لان شيئا نكرة في سياق النفي يتناول ما دون الاية فيمنع عن قراءته كالاية فيكون
حجة على الطحاوي في اباحة قراءة ما دون الاية للحائض والنفساء والجنب مستدلا بان المتعلق بالقران حكمان جواز الصلوة ومنع الحائض عن
القراءة في احد الحكمين يفصل بين الاية وما دونها فكذلك في الحكم الآخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الاية ايضا على قصد قراءة
القران كما يمنع عن قراءة الاية التامة لان الكل قران فان لم يقصد القراءة كأن يقرأ الحمد لله شكرا للنعمة فلا باس به وذكر الحلوائي
عن ابي حنيفة لا باس للجنب ان يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا افتي بهذا وان روي عنه قيل والمختار الجواز وليس
لهم اي للحائض والنفساء والجنب مس المصحف الخ وقوله لقوله عليه رواه مالك في الموطا والدارقطني فان قلت ما بال المص لم يستدل
بقوله تع انه لقران كريم في كتاب مكنون لا يمسه الا المطهرون فانه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لان بعض العلماء
حملوه على الكرام البررة فكان محتملا فترك الاستدلال به وقوله ثم الحدث والجنابة حلا اليد الخ لبيان اشتراكهما في حرمة المس وافتراقهما
في حكم القراءة وتقريره لما ثبت حكم الحدثين في البدن لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث
لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
فان غسل الجنب فمه ليقرأ ويده ليمس او غسل المحدث يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المحدث هذا هو الصحيح لان ذلك
لا يتجزى وجودا ولا زوالا وغلافه ما كان متجافيا عنه اي متباعدا بان يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس ولا يكون متصلا به كالجلد المشرز فينبغي
ان لا يكون تابعا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشرز قال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف قال بعضهم هو الجلد الذي عليه
وقال بعضهم هو الكم وهو الخريطة وهو الصحيح الثاني احتراز للثاني وقوله بخلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث رخص
لاهلها في مسها بالكم لان فيه ضرورة وفيه اشارة الى ان مسها بلا طهارة مكروه وقوله ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان المحدثين
لانه لو لم يكن كذلك فاما ان يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القران او يؤمر بالتطهير وفيه حرج عليهم لانهم لم يكلفوا بذلك ويجوز ان
يكون معنى قوله وفي الامر بالتطهير وفي امر الاولياء بتطهير الصبيان كنهيهم عن الباس المذكور منهم الحرير حرج بالاولياء والمعلمين الدافعين

المراد

وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن بعض المشايخ ان رفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن اليهم مكروه بناء على ان الرافع مكلف بعدم
الدفع قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام وكان عند تمام عادتها لم يحل وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر بكسر الدال
وضمها اي يسيل تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجوده ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال
فيحل وطيها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان يقدر على الاغتسال والتحريمة حل
وطيها لان الصلوة صارت دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلوة ولا يصح حال كونها
حائضا دل انه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ او يمضي عليها وقت صلوة كامل وقيل عليه ان كان كامل صفة للوقت كان مرفوعا
وليس بمروي وان كان صفة للصلوة كان الواجب كاملة واجيب بانه صفة للوقت والجر للجوار كما في جحر ضب خرب ومعناه
الكمال في السببية فانه اذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث تتمكن ان تغتسل وتحرم للصلوة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلوة
عليها وهي منقطع الحيض كامل في ذلك وليس معناه ان يمضي كمال الوقت على معنى انه انقطع دمها في اول الوقت ودام الانقطاع حتى
مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلوة وعلى هذا الفرق في العبارتين من حيث المعنى الآن
الاولى اوضح في تاديته وقوله ولو كان انقطع الدم دون عادتها الخ وقوله فوق الثلث مستغنى عنه خارج مخرج الغالب وان
الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل وحل الوطي ليس بمتوقف على انقطاع الدم لكن ذكره بمقابلة قوله قولا واذا انقطع
الدم وذلك لما ذكر انه لا مزيد للحيض على العشرة ويجب عليها الصلوة لانا تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فاذا
ادركت جزء من الوقت قليلا او كثيرا كان عليها قضاء تلك الصلوة بخلاف ما اذا كان ايامها دون العشرة فان فيه هذه الا
من جملة حيضها فلا بد من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتحرم للصلوة لتصير مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة ليجب عليها
قضاء تلك الصلوة وقوله الا انه لا يستحب استثناء من قوله حل وطيها قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد فان ظاهر النهي
يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين باطلاقه كما قال زفر والاحتياط رحمه الله قال والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض
اذا احاط الدم في مدة الحيض كان كالدم المتوالي في رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله ووجهه ما ذكره في الكتاب ان استيعاب الدم مدة
الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله وآخره والطهر المتخلل بينهما تبع لهما كالنصاب في باب الزكوة فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي
الحول والنقصان في خلاله لا يضر مثاله مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة
الدم بطرفي العشرة ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وقيل هو آخر اقوال ابي حنيفة ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد
لا يصلح للفصل بين الحيضتين لان اقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به
احكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما دما واربعة عشر طهرا ويوما دما قوله والاخذ بهذا القول
اي قول ابي يوسف يعني للمفتي والمستفتي لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها واعلم ان احاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن
عند محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا لا يجوز بداية الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به وعند
ابي يوسف لطرفي الطهر المتخلل وعلى هذا يجوز بداية الحيض بالطهر وختمه ايضا ويجوز بدايته به اذا كان قبله دم فقط ولا يختم به ويجوز ختمه به
اذا كان بعده دم لا قبله مثاله على قول ابي يوسف من المسائل امرأة عادتها في اول كل شهر خمسة فرأت قبل ايامها يوم دما
ثم طهرت اول يوم من خمستها ثم رأت ثلثة دما ثم طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر بها الدم فحيضها خمستها عنده وان كان ابتداء
الخمس وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلثة لا يكون فاصلا بالاتفاق وما دون
خمسة عشر كذلك عند ابي يوسف كما مر آنفا وعند محمد اذا بلغ ثلثة فصاعدا فان استوى الدم والطهر في ايام الحيض او غلب الدم فكذلك
وان غلب الطهر صار فاصلا ح ان لم يمكن جعل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء ما حيضا وان امكن ذلك جعل حيضا سواء كان
المتقدم او المتأخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل اسرعهما امكانا حيضا فقط ولم يتخلل لانهما طهر تام مثاله مبتدأة رأت يوما

يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض وان رأت يوما دما وثلثة طهرا ويومين دما فالست كلها حيض لاستوائهما فغلب
الدم لان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلوة واعتبار الطهر يوجب حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما في
التحري والاواني فان الغلبة اذا كانت للنجاسة او كانتا سواء لا يجوز التحري فهذا مثله وان رأت ثلثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلثة
الاولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن ان يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلثة دما
فحيضها الثلثة الاخيرة لما بينا ولو رأت ثلثة دما وستة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلثة الاولى لانه اسرعهما امكانا فان قيل قد استوى
الدم بالطهر فلم لم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استواءهما انما يعتبر في مدة الحيض واكثر الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلثة دم
وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا قال واقل الطهر خمسة عشر يوما اقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر
يوما هكذا روي عن ابرهيم النخعي رح والظاهر انه منقول عن النبي صلعم لانه مقدار والمقادير في الشرع لا تعرف الا سماعا وذكر في
المحيط ان الله اقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما اضيف الى شيئين ينقسم عليهما نصفين فينبغي ان يكون
نصف الشهر حيضا ونصفه طهرا الا انه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فبقي الطهر على تمام النصف وهذا الاستدلال منقول
عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رح وفيه نظر لما ان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ما ذكر في المبسوط ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة
من حيث انها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلوة وقد ثبت بالاخبار ان اقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما فكذلك اقل مدة
الطهر ولهذا قدرنا اقل مدة الحيض بثلثة ايام اعتبارا باقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلوة لكن ما ذكر في المبسوط
يمكن ان يستند الى السماع بجعل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لنا وبهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بعد
قوله ولا غاية لاكثره اي لاكثر الطهر معناه انها تصلي وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق وقوله لانه اي الطهر يمتد الى سنة وسنتين
فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه يكون ح لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ
المروزي والقاضي ابي حازم فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا وعلى هذا اذا بلغت
امرأة فرأت عشرة دما وسنة او سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة ايام تدع الصلوة من اول
زمان الاستمرار عشرة ايام وتصلي سنة او سنتين فان طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلث سنين او ست سنين وثلثين يوما
واما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر
بيقين وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوما فادونها لان اقل الحيض ثلثة فيرفع عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن
ابرهيم الميداني طهرها ستة اشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان اقل المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة اشهر وهو اقل مدة الحبل الا ان ما عليه الاصل
ان مدة الطهر اقل من مدة الحبل فنقصنا منه شيئا يسيرا وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلث ساعات لجواز ان يكون وقوع
الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج الى ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وكل حيض عشرة ايام وقال الحاكم الشهيد طهرها
شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة اذ الغالب
ان النساء يحضن في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في ايام عادتها والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها
يوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه ايسر على المفتي والنساء وفيه اقوال اخرى تركتها مخافة الاطناب
ولما كان في الاقوال فيه كثرة اعرض المصنف عليها وقال ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال ودم الاستحاضة كالرعاف
كلامه واضح وقوله نتيجة الاجماع قيل اي بدلالة وتقريره اجمع المسلمون على وجوب الصلوة وهو يوجب وجوب الصوم
وحل الوطي بطريق الاولى لانه لما جعل الدم عدما في حق الصلوة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلان يجعل عدما
في حق الصوم والوطي اللذين لا منافاة بينهما اولى قال في الكافي تفسير نتيجة الاجماع بدلالة غير صحيح لفظا لا معنى والتعبير بالحكم اشد
طباقا قال الشيخ عبد العزيز رح قد يجوز ان تسمى نتيجة من يستدل بدلالة النص ودلالة النص او الاجماع لا يكون الا بعد ويستحيل ان يثبت
قبله فكانها نتيجة النص والاجماع منعقد عليه فصار اوليس كذلك فلذلك فسرت بالدلالة وقوله ولو زاد الدم على عشرة ايام تتوضى

منه لما هو المتفق عليه فان الدم اذا زاد على عشرة ايام ولها عادة معروفة دون العشرة ردت الى ايام عادتها باتفاق اصحابنا
واما اذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيها المشايخ فذهب ائمة بلخ الى انها تؤمر بالاغتسال والصلوة لان
حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلوة
مع التردد وقال مشايخ بخارى لا تؤمر بالاغتسال والصلوة لانا عرفناها حائضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون
استحاضة حتى يستمر فيتجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلوة حتى يتبين امرها فان جاوز العشرة امرت بقضاء ما تركت
من الصلوات بعد ايام عادتها قال في المجتبى وهو الاصح وقوله والذي زاد يعني على العادة المعروفة استحاضة لقوله صلعم المستحاضة
تدع الصلوة ايام اقرائها ووجه الاستدلال ان من زاد دمها على عشرة فهي مستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها وايام اقرائها
عادتها المعروفة فما زاد عليها لا تدعها فيه واللام في للاضافة فائدة وقوله ولان الزائد دليل آخر وتقريره الزائد على العادة يجانس
الزائد على العشرة يلحق بالزائد على العشرة اما ان الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فمن حيث الندرة وكونهما زائدين
على العادة المعروفة وعورض بان الزائد على العادة يمكن حيضا بخلاف الزائد على العشرة فانى يتجانسان وبعبارة
اخرى وهي ان ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فتعارض التجانس والجواب انهما لو اتحدا في امكان الحيض
او عدمه كانا متماثلين ولم تدع ذلك وان التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم
فكان ما ذكرناه راجحا واما ان كل ما تجانس الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم وقوله وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة
روي مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول واختاره صاحب النهاية وجعل المستحاضة من باب جن او اغمي لانه لا اختيار لها وجعل
مستحاضة نصبا على الحال المقدرة كقوله تع فادخلوها خالدين لان الاستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم تثبت وانما تثبت
بالزيادة على العشرة ولكن يعلم عند الزيادة على العشرة انها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم وقوله
لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك وتقريره ان المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضا كله فاذا زاد على
العشرة وقع الشك في كون الزائد حيضا على الثلثة او لا فلا يزول بالشك الذي حدث الآن

فصل

لما كان الحيض اكثر وقوعا
قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانه اكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة اسبابها فانها تكون مستحاضة بما اذا رأت الدم حالة الحبل او
الدم على العشرة او زاد على معروفها وجاوز العشرة او رأت ما دون الثلث او رأت قبل تمام الطهر او رأت قبل ان تبلغ
تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فان سببه شيء واحد وقدم حكم المستحاضة ومن بمعناها على تعريفها لان المقصود
بيان الحكم ومن به سلس البول هو لا يقدر على استمساكه والرعاف الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقأ اى الذي
لا يسكن دمه من رقأ الدم اى سكن وقوله يتوضؤن لوقت كل صلوة هو حكم المسئلة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت
ما شاؤا من الفرائض والنوافل والنذور والواجبات عندنا وقال الشافعي رح يتوضأ لكل صلوة مكتوبة واستدل
بقوله صلعم المستحاضة تتوضأ لكل صلوة وبان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد ادائها فلا اعتبار
بها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلوة اعم من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم فالجواب انه لا ضرورة بعد اداء
المكتوبة لا ضرورة في النوافل اذ لا حرج في تركها فاعتبار عدمها بالنسبة الى المكتوبة دونها ايضا تحكم اجيب بان قوله
لكل صلوة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وان الحاجة في حق النوافل لم ترتفع لانها
خير موضوع في كل وقت وفي الزام الطهارة حرج بين ورد بانا لا نسلم ان الصلوة ههنا مطلق بل عام بدخول كلمة
كل فلا يتمشى ما ذكرتم وبان طهارتها بعد اداء المكتوبة ان كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل في جواز الاداء بها
وان لم تبق في عدم جوازه ونظير دليلنا قوله صلعم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو اي الوقت مراد بالاول
اي بما رواه الشافعي لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها فكان ما رويناه نصا محكما وما رواه محتملا
للتأويل وما رويناه مفسر لا يحتمله فيترجح عليه كما عرفت في موضعه على ان الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووي في المهذب

المهذب قوله ولان الوقت اقيم مقام الاداء دليل معقول والشارحون قالوا معناه ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير وهو انه
تعذر طهارتها بالصلوة بعض الجهالة والحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلوة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول فلم يمكن ضبطه
فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج ونظر لانا اذا قدرنا طهارة كل شخص باداءه ارتفعت الجهالة والحرج والجواب ان ارتفاع
الحرج ممنوع فانا اذا قدرنا طهارة كل شخص باداءه وفرضنا الفراغ عنه واوجبنا عليه وضوء لكل ما يصلي من قضاء او واجب او نذر في وقته
ومكتوبة اخرى في وقت تحقق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل واذا اقام الوقت
مقام الاداء يذكر الحكم عليه لان الشيء اذا اقام مقام شيء كان المنظور اليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل
وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى عند علمائنا الثلثة رحمهم الله قيل قوله واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى مستدرك لان بطلان
الوضوء يستلزمه واجيب بانه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلوة الجنازة في المصر فانه اذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة الى غير صلوة الجنازة
وبقيت في حق جنازة اخرى حضرت وبفوت الصلوة عليها ان اشتغل بالوضوء فيحتمل كما ترى ويجوز ان يكون تاكيدا ويجوز ان يكون
الاول لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استأنفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان يكون كالتفسير للاول لما قال بطل
وضوءهم ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فبين ان المراد ببطلان الوضوء وجوب استيناف وضوء اخر لا
البطلان المعهود قوله فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد
ما ذكر وعند ابي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر ابي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر من قوله فاذا خرج
الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الصلوة الاخرى وهو عند علمائنا الثلثة احتاج الى بيان الاصل المبني عليه فقال وحاصله اي وحاصل
ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عند الخروج بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد
وبدخوله فقط عند زفر رح وبايهما كان عند ابي يوسف رح وانما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا
عن ان يكون حدثا فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكانت النسبة الى الخروج مجازا واعترض
بان الانتقاض لو استند الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه شرع فيها بلا طهارة
والجواب ما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيذكر الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض مقتصرا من ذلك الوجه
فكان ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح
على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء واللبس عند احد منهما لان طهارتها اذا انتقضت استند الى الحدث
السابق ولم يعكس الاقتصار والظهور عملا بالاحتياط دون عكسه قوله وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال
كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس انما ظهرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا ينتقض عند ابي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر وينتقض عندهما
وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي حنيفة ومحمد ولا ينتقض عند زفر هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف كما ترى وقال الامام فخر
الاسلام طهارتها لا تنتقض عند ابي يوسف رح بدخول بلا خروج وتنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضأت
قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما يحتاج الى الطهارة لاجل الظهر عنده لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده لان طهارتها
ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت وقال في طرف زفر الصحيح من مذهبه ان شيئا من ذلك يعني الخروج والدخول ليس
بحدث وانما لم تنتقض الطهارة بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلوة الفجر قضاها مع سننها
فكان كمال الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد فبقيت شبهته فضلت لبقاء حكم العذر تخفيفا قال صاحب النهاية وبهذا التقرير يعلم
ان العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق انما يعمل عند خروج الوقت لا غير الا ان عند ابي يوسف تقديم الطهارة على
الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت وعند زفر لم يوجد الخروج من كل وجه ما لم يدخل وقت مكتوبة
اخرى فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده ايضا واقول لم يظهر فائدة في المسائل لانها لا تظهر في الصورتين
المذكورتين فان اعتبرت ما ذكره المص صح وان اعتبرت ما ذكره فخر الاسلام صح ولم يكن الاختلاف بينهما الا في التخريج والتعويل على

يصح النفل لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للطهارة للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر فان قيل فيعم
كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت اجيب بان عدم الاعتبار انما هو بالنسبة الى الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق
قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها ولابي يوسف رح ان الحاجة مقصورة على الوقت لقيامه مقام الاداء كما تقدم فلا تعتبر
قبله وبعده ولابي حنيفة ومحمد رحهما انه لابد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وليس الكاف للتشبيه بل للمفاجاة اي
ليفاجئ تمكن الاداء دخول الوقت وهذا لان الوقت قائم مقام الاداء كما تقدم وتقديمها على الاداء واجب فكان تقديمها على خلفه جائزا حطا له
عن رتبة الاصل فان قلت ففي عبارة المص تسامح لانه قال لابد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم واجبا
فالجواب ان المضاف محذوف اي لابد من جواز تقديم الطهارة واذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحا لظهور الحدث عنده لكونه محتاجا
للحاجة واما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده وقوله والمراد بالوقت الذي اعتبر خروجه ودخوله وقت
المفروضة وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحهما وقوله وهو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ليس له ان يصلي الظهر لانه خرج وقت صلوة
واجبة وقوله لانها يعني صلوة العيد بمنزلة الضحى من حيث انها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلوة الضحى ادت بجماعة
وقوله وعندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عند الجميع كذلك لما ان الشبهة تاتي على قولهما لان عندهما له ان
يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له ان يصلي العصر بهذه الطهارة لما ان هذا دخول مشتمل على خروج
فهي ان لم تنتقض بالدخول انتقضت بالخروج قيل وانما وضع المسئلة في الظهر ليتبين انه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت
مهمل وما روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ظل كل شيء اذا كان مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح
قال والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة لما فرغ من بيان احكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها
وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه قال الامام التمرتاشي والمرغيناني والامام حميد الدين الضرير وغيرهم ان هذا تعريف
المستحاضة في حالة البقاء واما في الثبوت فيشترط دوام السيلان من اول الوقت الى اخره اعتبارا بالسقوط وانه لا يتم حتى ينقطع في الوقت
كله وهو مشكل على كل حال لانه ان كان تعريفا لها في الابتداء والانتهاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المص فانه منتقض بالتي نص لانها قد
يكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وبما اذا رات الدم في اول الوقت ثم انقطع فتوضات
ودام الانقطاع حتى خرج الوقت فان التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت
والمستحاضة تنتقض طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير وقال اذا توضات
المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين فدخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها ان تتوضا وتبني على صلوتها
لان انتقاض الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها اداء شيء من الصلوة بعد الحدث فجاز لها ان تبني وان كان تعريفا في
الانتهاء فقط كما قالوا فكذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة الى الحالين والحقائق لا تختلف ولعل الصواب ان يقال في تعريفها
المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلوة كاملا ليس من اوقات الحيض والنفاس ثم لا يخرج عنه منذ توضات فيه
ان دام فقوله من ثبت عذرها بمنزلة الجنس وقوله باستمرار الدم احتراز عما هو بمعناها ممن به انفلات ريح وانطلاق بطن وغيرهما وقوله
من فرجها احتراز عما اذا ثبت عذرها باستمرار الدم من انفها او جرح لها فانها بمعناها وقوله وقت صلوة كاملا لبيان ثبوت عذرها
ابتداء وقوله ليس اي ليس ذلك الوقت من اوقات الحيض والنفاس كالحائض في الورود وقوله ثم لا يخرج اي المستحاضة عنه اي عن ذلك الدم
منذ توضات فيه اي في الوقت لبيان ان الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولاخراج ما ورد من النقض بقوله وبما اذا رات الدم في اول الوقت
ثم انقطع فان الدم فيه كان قبل الوضوء والمعتبر ان يكون بعده او عنده وقوله ان دام يعني الحدث لبيان ان ثبوت كونها مستحاضة
لا تتوقف على قوله ثم لا يخرج عنه الخ وانما قال ذلك للبقاء باستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وان انقطع في الوقت الثاني بالكلية وقوله
وكذلك كل من هو في معناها اي في معنى المستحاضة اي يكون حكمه حكمها وقوله وهو من ذكرناه يعني قوله من به سلس البول والرعاف الدائم والجرح
الذي لا يرقأ وقوله من به استطلاق بطن او انفلات ريح عطف على قوله من ذكرناه والاستطلاق البطن مشيه والانفلات خروج الشيء

الشيء فلتة اي بغتة لان الضرورة بهذا اي بما ذكرنا من الاحداث يتحقق وهي اي الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو اريد تعريف المعذور
قيل هو من حصل به دوام حدث وقت صلوة كاملا ثم لا يخرج عنه منذ توضات ان دام والقيود تعرف مما تقدم

فصل في النفاس

الدماء المختصة بالنساء حيض واستحاضة ونفاس والنفاس آخرها ترتيبا لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست
المراة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء ومن نفاس وفي الاصطلاح النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة وقوله عقيب الولادة صفة
للدم لانه لم يرد به معين فهو في معنى النكرة وقوله لانه ماخوذ فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف وتدارك بانه جعله من باب التسمية
كانه قال سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بسكون الفاء بمعنى الولد او بمعنى الدم
من قولهم نفس سائلة قال صاحب المغرب واما اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك وذكر في المجتبى انه
مشتق من تنفس الرحم او النفس في الولادة على ما قال شاعرهم اذا نفس المولود من آل خالد بدا الكرم للناظرين قريب وقد وجد
ذلك كله والدم الذي تراه الحامل ابتداء اي حال الحبل او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا اي بالغا نصاب الحيض
وقال الشافعي هو حيض اعتبارا بالنفاس يعني اذا ولدت ولدين في بطن واحد فرات الدم قبل خروج الولد الثاني فانها حاصل في حق
الولد الثاني وذلك نفاس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما والجامع كونهما جميعا من الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لان بالحبل ينسد
فم الرحم لان الله تعالى اجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون المثبت من اسفل واعتباره بالنفاس فاسد لانه انما يكون بعد انفتاحه
بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحهما لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا اذا خرج
اكثر الولد فاما اذا خرج اقله فلا يصير نفساء وان خرج الدم لان النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه ليس للاقل
حكم الكل وانما ابهم البعض لاختلاف وقع في الرواية روى خلف بن ايوب عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الدم الذي تراه المراة بعد
خروج بعض الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الراس ونصف البدن او الرجلين واكثر من نصف البدن وعنه انها لا تصير
نفساء حتى يخرج جميع ولدها وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في خروج الاكثر وهو صحيح على ما روى خلف بن
ايوب واما محمد فلم يذكر انه مع ابي حنيفة وليس على قياس مذهب محمد فان مذهبه ان النفاس انما يثبت بوضع الحمل كله فما لم يوجد
وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المص اطلع على رواية فيقلها وقوله والسقط الذي استبان بعض خلقه كاصبع مثلا ولد فتصير
المراة به نفساء وتصير الامة ام ولد به ان ادعاه المولى والعدة تنقضي به والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل
المرئي من الدم حيضا بان يدوم الى اقل مدة الحيض وتقدمه طهر تام يجعل حيضا وان لم يكن كان استحاضة قال واقل النفاس لا حد له
لا حد لاقل النفاس قال شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد فانها كما ولدت واذا رات الدم
ساعة انقطع عنها الدم فانها تصوم وتصلي وكان ما رات نفاسا لا خلاف في هذا بين اصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب اعتبار
اقل النفاس في انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي اي مقدار يعتبر لاقل النفاس مع ثلث
حيض عند ابي حنيفة يعتبر اقله بخمسة وعشرين يوما وعند ابي يوسف باحد عشر يوما وعند محمد بساعة وهذا كالتي يقتضي وجود الدم فان
ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن وعن ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ثم رجع ابو يوسف وقال هي طاهرة وثمرته تظهر
في وجوب الغسل فاما الوضوء فواجب بالاجماع كذا في المحيط واكثر المشايخ اخذوا بقول ابي حنيفة وبعضهم اخذوا بقول ابي يوسف
وهو القياس لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها نفاس كيف يكون نفساء وقول ابي حنيفة احوط وانما لم يقدر
اقله بحد لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلثة ايام
ليعلم ان ذلك الدم من الرحم اولا اذ لا دليل على كونه من الرحم وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد وقوله واكثره اربعون
يوما ظاهر وهو مذهبنا مروي عن ابن عمر وعائشة وام ابي حبيبة وابي هريرة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق للمعقول لانهم
اجمعوا على ان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض وقد مر في باب الحيض ان اكثر مدة الحيض عشرة ايام بلياليها فكان
اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض لان الروح لا يدخل في الولد قبل اربعة اشهر واذا دخل الروح صار الدم غذاء للولد فاذا

خرج الولد خرج ما كان مجتمعا من الدم اربعة اشهر في شهر عشرة ايام قوله وان جاوز الدم الاربعين بطاهر وقوله وان ولدت ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر وقوله وان كان بين الولدين اربعون يوما احتراز عما قال بعض المشايخ فيما اذا كان بين الولدين اربعون يوما ان النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وليس بصحيح وانما الصحيح ما اختاره المص لان اكثر مدة النفاس يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله والعدة تعلقت بوضع حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه ان العدة تنقضي بوضع حمل مضاف اليها لغة لقوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجودا كانت حاملا فلا تنقضي العدة ايضا حتى تضع الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لان الاولى اقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلوة بالاتفاق فكان بالتقديم اولى وتقدير كلامه باب بيان الانجاس والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تع انما المشركون نجس فكانه تطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي الا انه لما تقدم بيان الحكمي من اللبس فاطلقه وقوله وتطهيرها اي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان الا انه لما اضافه الى ضمير الانجاس انثه والكلام في هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان انواع النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي يصير المحل به نجسا وفيما يتعذر التطهير به وقوله تطهير النجاسة اي تطهير محل النجاسة باثبات الطهارة فيه لما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة اي ازالتها واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تع وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فان قيل قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على ازالة النجاسة اجيب بان ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة على ان تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب واجبا لتحصيل حال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول للمنصوص واولوية الثاني وقوله حتيه واقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد او العود والقرص باطراف الاصابع لا يقال الحديث ورد في اسماء بنت ابي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لانا نقول يوجب وجوب تطهيره كونه نجسا ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فان كان فيه اكثر من قدر الدرهم فالصلوة فاسدة وان كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما وفي رواية ابي يوسف عنه جائزة وقوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر وقوله طاهر احتراز عن بول ما يوكل لحمه فان الاصح ان التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو غسل دم بذلك رخصنا فيه ما لم يفحش قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان التطهير بالنجس لا يكون لتعارض بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل وقوله ويمكن ازالتها به احتراز عن الدهن والسمن وما اشبه ذلك لان الازالة انما يكون بان يخرج اجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر واما ذكر الماء وان كان جواز التطهير به ثابتا بالاجماع ليعلم ان الازالة غير واجبة بل يجوز به وبغيره وقوله لانه يتنجس باول الملاقاة يعني لاختلاطه بالنجاسة او النجس لا يفيد الطهارة طاهر وبه تتقوى ما ذكرنا من رواية شمس الائمة في بول ما يوكل وقوله الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء ايضا فيلزم شمول الجواز او عدمه وقوله ولهما ان المائع قالع طاهر وحاصله ان الاشتراك في العلة يوجب في المعلول والماء مطهر بعلة القلع والازالة وهذه العلة موجودة في الخل واشباهه فيكون مطهرة كالماء وقوله والنجاسة للمجاورة جواب عن المستدل لهم وهو في الحقيقة قول بالموجب اي سلمنا انه تنجس باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه بل كانت النجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عم ثم اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلوة بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بينا وقوله وجوابه اي القدوري وهو قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما وقوله وعنه اي عن ابي يوسف في رواية الحسن بن ابي مالك عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا بالماء لان غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة فلم يختص بالماء كالثوب وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان عين النجاسة قائمة بالبدن ولا فرق بين ازالتها وازالتها عن الثوب قف

واذا اصابت الخف نجاسة البخاسة اذا اصابت الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول اما ان حصل له جفاف اولا فان حصل له ذلك فدلكه بالارض جاز اي طهر في حق جواز الصلوة استحسانا واما اذا اصابه الماء بعد ذلك بل يعود نجسا كما كان ففيه روايتان وقال محمد لا يجوز الصلوة به وهو القياس اي على الثوب والبساط بجامع ان النجاسة تداخلت في الخف تداخلها فيهما واليه اشار بقوله لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك الا في المني فانه يطهر على ما سنذكره وقيده بالدلك بالارض برواية الاصل وذكر في الجامع الصغير انه ان حكه او حته بعد ما يبس طهر وهما استحسنا بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري رض في حديث خلع النعال انه صلعم خرج يوما فخلع نعليه للصلوة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت نعليك فقال عليه السلام اتاني جبرئيل واخبرني ان بهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو المستقذر كانه يوذي من يقربه نفرة وكراهة جعل المسح بالارض طهورا وهو مفسر لا يقبل التاويل لا يقال الحديث ساقط العبرة لانه عم لم يستقبل الصلوة لجواز ان الخطر مع النجاسة نزل في ذلك الوقت ولاحتمال ان يكون اقل من قدر الدرهم قوله ولان الجلد لصلابته استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل لها جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الارض حتى لم يبق فيه اثر النجاسة ولا رائحتها يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى يعني قوله فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه مشايخنا قال شمس الائمة السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين ما ليس له جرم فكان الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه فرق بينهما واخرج التي لا جرم لها بالتعليل وقوله عم فان الارض لهما طهور اي مزيل نجاستهما ونحن نعلم ان الخف اذا تشرب البول او الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن اجزاء الجلد فكان اطلاقه مصروفا الى القذر الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقد روي عن ابي يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له فاذا جف فدلكه بالارض طهر كالتي لها جرم واذا اصاب الثوب لا يطهر الا بالغسل لان الثوب لتخلخله اي لكونه غير مكتنز يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل واما المني اذا اصاب الثوب فان كان رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف على الثوب اجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه دم الآدمي نضج نجس فهو كسائر انواع الدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان قوله صلعم لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وهو حجة على الشافعي في جعله طاهرا استدلالا بحديث ابن عباس رض انه قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخر فان قيل اذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المص والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل عليه لان قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارة بالفرك والامر بالاماطة مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس ليس بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج وقوله عم دليل آخر على نجاسته روي انه صلعم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النجاسة فقال عم ما نخامتك ودموع عينيك والماء في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والمني والقيء وفي رواية الاسرار والخمر مكان القيء لا يقال الاستدلال به يقتضي غسله رطبا ويابسا وانتم فالمتم به فكان متروكا لان حديث عائشة مفسر لجواز فرك اليابس وهذا يحتمل ان يكون المراد به الرطب فحمل عليه توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا قيل يريد به مشايخ ما وراء النهر يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد لانفصال الثوب عن المني دون البدن وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود ما يشرب منه البدن الى الجرم وليس عادفا بهما يطهر بالفرك نصا والبدن لا يمكن فركه قف والنجاسة اذا اصابت المراة اذا اصابت النجاسة جسما تكتنز الاجزاء صقيلا كالمرآة والسيف والسكين ونحوها اكتفي بمسحه لانه لا تتداخله النجاسة فلا يحتاج الا اخراج من الداخل وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول ذكر في الاصل ان البول والدم لا يطهر الا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك اليابسة تطهر بالحت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما وعند محمد لا يطهر الا بالغسل والمص كانه

اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة رضهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها واذا اصاب
الارض نجاسة وذهب اثرها وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلوة على مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط في طهارتها وانما وقع
اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي لا يجوز لان النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز التيمم به ولنا
قوله صلعم زكوة الارض يبسها اي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الذكوة وهي الذبح وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث
موقوفا على عائشة رضها وقال واما الذي روي عن النبي عم في هذا فقولنا يا ارض جفت فقد ذكت وصاحب المذهب جعله في قول محمد
بن الحنفية ولقائل ان يقول معناهما واحد فيجوز ان يكون مرفوعا وقوله انما لا يجوز التيمم جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به لان طهارة
الصعيد شرط بنص الكتاب قال تع فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد لانه لا يفيد القطع فلا يكون الطهارة قطعية بجفاف
الارض والكتاب يقتضي ذلك فان قلت اليس قد تقدم ان طهارة المكان ثبت بدلالة قوله تع وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت
بالعبارة في كونه قطعيا حتى ثبتت الحدود والكفارات بدلالة النصوص فوجب ان لا يجوز الصلوة عليها كما لا يجوز التيمم بها اجيب بان
الاية ظنية لان المفسرين اختلفوا في تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء فان العرب كانوا يجرون
اذيالهم تكبرا وقيل المراد تطهير النفس عن المعائب والاخلاق الردية فاذا كان كذلك كانت ظني الدلالة ولهذا لم يكفر من انكر اشتراط طهارة الثوب
وهو عطا فيكون الدلالة كذلك فان قيل الطيب ايضا يحتمل الطاهر كالمنبت وعلى الثاني حمله ابو يوسف والشافعي رحمهما فلا يجوز ان يكونا مرادين
لعدم عموم المشترك فيكون ماولا او هو من باب الظنية كالعام فيجب ان لا يجوز التيمم اجيب بان الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالاجماع
كما تقدم انما الخلاف في اشتراط الانبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتأدى بطهارة ثبتت بخبر الواحد قال وقدر الدرهم وما دونه
من النجاسة الغليظة النجاسة اما ان يكون غليظة او خفيفة فان كانت غليظة وهي ما ثبت بدليل مقطوع به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج
وبول الحمار اذا كانت قدر الدرهم جازت الصلوة معه وقوله وما دونه مستغني عنه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها
سواء لان النص يوجب التطهير وهو قوله تع وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير قلنا القليل منها لا يمكن التحرز عنه فان الذباب يقع
على النجس ثم يقع ايضا على الانسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز فكان في القليل ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة في دلائل الشرع
فجعل عفوا وقدرناه اي القليل بقدر الدرهم يعني ذلك لا يمنع فاذا زاد عليه منع وهو قول الشعبي اخذنا به لانه اوسع وكان النخعي يقول اذا بلغت
مقدار الدرهم منعت وقوله اخذا مفعول مطلق من قدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث قال النخعي رح استحيوا
ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار ان النبي صلعم قال من استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه
والاستجمار هو الاستنجاء فثبت ان الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم انه سقط حكمه لقلة النجاسة وان ذلك القدر عفو وما ثبت
ان الصحابة رضهم كانوا يكتفون بالاحجار في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي به في الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على ان
القليل من النجاسة عفو ثم يروى عن محمد اعتبار الدرهم من حيث المساحة حيث قال في النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف وروي
من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلوة فقال الفقيه ابو جعفر توفق بين الفاظ
محمد فيقول ان الاولى يعني رواية المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف وقوله وانما كانت هذه الاشياء يعني
المذكورة في اول البحث مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند ابي حنيفة يثبت بنص لا معارض له وعندهما
يثبت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي ان يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض
النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة وان كانت خفيفة وهي ما ثبت بغير مقطوع به كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى
يبلغ ربع الثوب تروى ذلك عن ابي حنيفة وهو مروي عن محمد ايضا لان التقدير بالكثير الفاحش ما يستكثره الناس ويستفحشونه والربع
ملحق بالكل في حق بعض الاحكام كمسح الراس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه ثم اختلف
في تفسير الثوب فقيل ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالمئزر وهو مروي عن ابي حنيفة وقريب منه ما قال ابو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطا لانه اقصر
الثياب وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل وهو ما يفهم من قول الرجل فلان شمر الذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف شبر طولا

طولا وشبر عرضا اخذا من جانب الخفيف يعني ما يلي الارض من الخف فان باطنها يبلغ شبرا في شبر ويجوز تقدير الكثير الفاحش به وهذا لان حكم
النجاسة التي لها جرم ساقط العبرة في الخفاف لطهارته بالمسح على قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي رواية عن محمد وبالمسح ان زالت
العين فلا يشك في بقاء الاثر وحيث لم يعتبر ذلك قدر به الكثير الفاحش كما قدر الدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة
وانما كان يعني بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لكان الاختلاف في نجاسته على اصل ابي يوسف فان تخفيفها عنده انما نشأ من سوغ
الاجتهاد او لتعارض النصين على اصل ابي حنيفة فانها تخفيفها عنده نشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله على اختلاف الاصلين قال في
النهاية انما اخر اصل ابي حنيفة رعاية لنوع اصل الالفاظ فانها مما تراعى واري ان تقديمه ما كان ينافي ذلك لتطهر في الاوراث على سند كره
وانما خص الاصل الاول بابي يوسف وان كان اصل محمد ايضا لان الكلام في حل ما يؤكل لحمه وليس بنجس عند محمد فهو في هذه المسئلة خاصة اصل
ابي يوسف وحده فخصصه وبهذا سقط ما اورده صاحب النهاية واذا اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز
الصلوة فيه عند ابي حنيفة لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لان للاجتهاد فيه مساغا لان مالكا يقول بان البعر والروث واخثاء البقر
طاهر وقال ابن ابي ليلى السرقين ليس بشيء قليله وكثيره لا يمنع لان ذلك وقود اهل الحرمين ولو كانت نجسا ما استعملوها كالعذرة وفيه
ولان فيه ضرورة بيان ان التخفيف عندهما يثبت بشيء اخر وهو البلوى والضرورة والجواب ان اختلاف لا يخرج النجاسة عن كونها
غليظة لانه لما يرد نص بخلافه كان اختلافهم بناء على الراي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا يعتبر في موضع النص الا يرى ان البلوى
في بول الحمار اكثر لانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى اكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الآدمي ورد بان الضرورة لم تعتبر في
مقابلة النص بالنجاسة لما قال ابو حنيفة بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله عم استنزهوا البول الحديث واجيب بانه
لم يقل ذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين وقوله بخلاف بول الحمار جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة
في روثه وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض منه شيء يبتلى به المار بخلاف الروث واجيب
ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فيكفي مؤنتها بذلك التخفيف فلا يخفف في نجاستها ثانيا
الحاقا للروث بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق ولا فرق بين ماكول اللحم وغيره عند العلماء الثلثة وزفر فرق بينهما يوافق ابا حنيفة في غير
الماكول ووافقهما في الماكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين بالخارج من السبيل الآخر وهو البول يختلف باختلاف كونه ماكول اللحم
وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل وقوله وعن محمد طاهر وقوله وقاسوا عليه طين بخارا يعني قال المشائخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا
ولو كان مختلطا بالعذرات وعند ذلك اي عند دخوله في الري رجوعه عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض يروى
قال وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش كل طاهر من ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة على اصله في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس
ماكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة رح فحرم اكله
وجعل بوله نجسا مخففا لتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقوله عم استنزهوا البول الحديث واعترض بان التعارض انما يتحقق
اذا جهل التاريخ في حديث العرنيين دلالة التقدم لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا ان فيهما تعارضا
لكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس غير ماكول عنده والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجسا مغلظا واجيب عن الاول بان الدلالة دون العبارة
وفي عبارته تعارض فترجح جانب العبارة وتحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة يدل على ان العبارة منسوخة فلا تعارض
وبان الانتساخ المثلة طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انتساخ احدهما انتساخ الآخر وهو ايضا فاسد لان حديث العرنيين
الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما ان يكون منسوخا او لا فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني لم يثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه لعموم
استنزهوا عنده والالزام بخلافه وعن الثاني بان حرمة الفرس عنده لم يكن لنجاسة بل تحرزا عن تقليل مادة الجهاد فكان لحمه طاهرا عنده ولهذا
قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا على ان بول غير ماكول اللحم عنده نجس غليظ فاذا ورد عليه ما ذكرتم
يكون الحرمة للنجاسة وقد عرف بطلان ذلك في اصول الفقه ولصعوبة التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد
تعارض الآثار التعارض في لحمه فانه روي انه صلعم نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي انه عم اذن في لحم الخيل وهذا يوجب التخفيف

في قوله لانه ماكول من وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان البيع منسوخ كما في الحمار فان اصابه خرء ما يوكل لحمه من الطيور
كالعصفور والبازي والحداة اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما
وهو المنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالنجو وقد قيل في المقدار يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة غليظ عندهما وهو المنقول عن
ابي جعفر الهندواني ومنهم من لفظ المقدار ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في الروايتين وهكذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير وهو خلاف
ما في المبسوط والمختلف فان فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني وقوله وهو يقول التخفيف للضرورة
على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو طاهر ولو وقع في الاناء قيل يفسده لامكان صون الاواني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل
لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك طاهر وقوله ليس بدم على التحقيق لان الدم على التحقيق يسود اذا
شمس ودم السمك يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكوة وروى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح عليه البول
مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء اي بشيء يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح وقد سئل
ابن عباس رضي عن ذلك فقال انا ارجو من عفو الله اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤس الابر دليل على ان
الجانب الآخر من الابر معتبر وغيره من المشائخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان جميعا لدفع الحرج قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية
الحصر ضروري لدورانه بين النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان يكون مرئية كالغائط والدم او غير مرئية كالبول ونحوه
فطهارة الاولى بزوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فيزول بزوالها وقوله الا ان يبقى من اثرها
ورائحته ما يشق ازالته بالاحتياج في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو
العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه اشارة الى ان عينها ان زالت بمرة واحدة
لا يحتاج الى غسل بعده وقوله فيه كلام اي اختلاف المشائخ كان ابو جعفر يقول بعد زوال عين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بغير المرئية
غسل مرة فيغسل مرتين وطهارة الثانية ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه لو طهر وكلامه ظاهر وقوله وتايد ذلك بحديث المستيقظ
من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلثا وقد تقدم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى عن محمد في غير رواية الاصول اذا غسل ثلث مرات
وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي غير رواية ايضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذه فيما ينعصر بالعصر اما في غيره كالحصير مثلا فان ابا يوسف يقول يغسل
ثلثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد يقول لا يطهر ابدا
لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر

فصل في الاستنجاء

قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء الوضوء عن الدم لا عن البول
والغائط والاستنجاء لهذا الوضوء سنة وانما قلنا ذلك لان الله تع بدأ بالوضوء عن النوم هذا جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا ايها
الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلوة واقول انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية فذكره ههنا انسب في المغرب
نجا وانجا اذا احدث واصله من النجوة وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج
من البطن او غسله وهو سنة لان النبي عم واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنة ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه من المدر والليف
والقطن وغيرها في التنقية وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من الثلث
لقوله عم في حديث ابي ايوب الانصاري وليستنج بثلثة احجار امر واللام للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما روى
ابو هريرة رضي عنه من قوله صلعم من استجمر فليوتر من فعل فحسن ومن لا فلا حرج وهو يدل على نفي الوجوب والعدد لانه قال فليوتر والايتار
يقع على الواحد وقال ومن لا فلا حرج نفى الحرج عن ترك الاستنجاء اصلا فدل انه لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة
احرف جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال به او يحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تع فيه رجال
يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قبا وقوله ثم هو اي غسله بالماء ادب لان رسول الله صلعم كان يستنجي
بالماء مرة ويتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا واهل زماننا يثلطون ثلطا
هكذا روي عن الحسن البصري رح وقوله الا اذا كان موسوسا بالكسر والوسوسة حديث النفس وانما قال موسوس لانه يحدث بما في

وفيه نظر لانه رح مشترك الالزام قيل واول من صلى المغرب عيسى عم حين خاطبه الله تع بقوله أانت قلت للناس
اتخذوني الآية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة لاثباتها لله وفيه نظر
واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم تطلع الفجر لما روى ابو هريرة رضي انه صلعم قال آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر قال
المص وهو حجة على الشافعي رح وكما في تقديره بذهاب ثلث الليل وجه ذلك انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبرئيل عم
يدل على ان آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الآثار فلا ينقضي الوقت الثابت يقينا بالشك كما تقدم او نقول
امامة جبرئيل عم لم يكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلوة بل لاثبات ما كان فيه الا يرى انه عم نص في اليوم الثاني حين الفجر
الوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي بقي ما روينا سالما عن المعارض فيكون حجة قيل واول من صلى العشاء موسى عم
حين خرج من مدين وضل الطريق وكان غم المرأة وغم اخيه هرون وغم عدوه فرعون وغم اولاده فلما انجاه من ذلك كله ونودي
من شاطئ الوادي صلى اربعا تطوعا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلوة وجدتها في شرح شيخي العلامة
قوام الدين الكاكي منقولة عن ابي الفضل مع زيادات فنقلتها من مختصره واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر عندهما
لقوله عم فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة وقته وقت العشاء لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع
صلوتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر وقت العشاء اجاب بقوله الا
انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا اذا اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان
اوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيد عندهما لانه سنة العشاء كركعتي العشاء
فلو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر قال لما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل
منها والناقص وجعل لكل منهما فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر
اسفر الصبح اضاء وقوله اسفر بالصلوة اذا صلاها بالاسفار والباء للتعدية قوله ويستحب بالفجر باطلاقه يدل على ان البدءة والختم بالاسفار
هو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله صلعم
اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وحد الاسفار ان يبدأ بالصلوة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلوة
امكنه ان يتوضأ ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس وقال الشافعي رح يستحب التعجيل وهو ان يكون الاداء في النصف الاول في كل صلوة
واستدل بما قالت عائشة رضي كانت النساء ينصرفن من الصلوة مع رسول الله صلعم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن
من شدة الغلس قال المص والحجة عليه ما روينا يعني من حديث رافع بن خديج وهو قوله عم اسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه
امر بذلك واقله الندب وما رواه حكاية فعل لا تعادل قوله عم وقوله وما نرويه اشارة الى قوله واذا كان في الصيف ابرد بها وذلك
لانه يدعي التعجيل في كل صلوة فاذا ثبت التاخير في البعض كان حجة عليه وقوله والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر وقوله لما روينا
يعني ما روى قبل هذا الفصل من قوله عم ابردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث فقوله لما روينا متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله
ولرواية انس قال كان النبي عم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها متعلق بالمسئلتين جميعا وتاخير العصر
في الصيف والشتاء ما لم تتغير الشمس لما في التاخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل لان اداء النافلة
قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى الاداء اول الوقت والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين
اي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر اليه حيرة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي
يقع في الجدران قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعما فسر تغير القرص
وهو ما قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم يتغير واذا كانت اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طست ماء في الصحراء
وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت فكان قوله هو الصحيح وتغير الضوء بالتفسيرين الاخيرين ليس بصحيح والتاخير
الى هذا الوقت مكروه ولانه مامور الفعل ولا يستقيم اثبات الكراهة للشيء مع الامر به ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها

بما في ضميره فيقدر بالثلث في حقه كما في غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط لايراه المستنجي فكانت بمنزلة البول وقيل بالسبع اعتبارا بالحدث
الذي ورد في ولوغ الكلب وقوله ولو جاوزت النجاسة مخرجها قيل بان تلطخ به وما حوله من موضع الشرح لم يجز الا الماء وفي بعض نسخ
المختصر الا المائع وقوله وهذا يعني قوله الا الماء ولا المائع تحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء يعني ان قوله الا الماء يدل على ان
ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا المائع يدل على ان ازالته يجوز بالمائع الذي يمكن به ازالة النجاسة تخرجها الماء المسح
غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجا بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيره فلا يجوز الا الماء او المائع يكون مانعا
فكذا في موضع الاستنجا والباقي ظاهر الى اخره

كتاب الصلوة

قد تقدم
في اول الكتاب وجه تقديم الصلوة على سائر المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال المخصوصة
وسميت بالصلوة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية وسبب وجوب ادائها والامر طلب ادائها واوجب
في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية
وتكبيرة الافتتاح فان قيل جعل الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب وشرط للادا واركانها القيام والقراءة
والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب عنه بالادا في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الاخرة وهي
فريضة قائمة وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تع واقيموا الصلوة وقوله تع حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى
فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جمع من الصلوات وعطف عليها الصلوة الوسطى واقل جمع يتصور معه الوسطى هو
الاربع وبالسنة وهو قوله عم ان الله تع فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير واما الاجماع
فقد اجمع الامة من لدن رسول الله صلعم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر شرعيتها كفر بلا خلاف والله اعلم

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به اي حدد من زمان كمواقيت
الصلوة او مكان كمواقيت الاحرام وانما ابتدء ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط للادا فكان له جهتان في التقدم وقدم
من بينها وقت الفجر لانه متفق عليه في اوله واخره ولان صلوة الفجر اول من صلاها ادم عم حين اهبط الى الارض من الجنة واظلم عليه
الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تع الركعة الاولى للنجاة من
ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار فكان ذلك سببا لكونها ركعتين وفرضت علينا فلما كانت اول صلوة صليها الانسي
قدمها في الذكر واول وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق وهو البياض المنتشر في الافق واحترز به عن الفجر
الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان واخر وقتها ما لم تطلع الشمس وقيل
هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء لان قوله ما لم تطلع الشمس يتناول من وقت طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس كذا بل المراد جزء قبيل
طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عم وهو ما روى ابن عباس رضع ان رسول الله صلعم قال امني جبريل عم عند البيت
مرتين وصلى بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب حين
غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت وصار ظل
كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث
او شطر نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الانبيا من قبلك والوقت
ما بين هذين الوقتين واعترض بان قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي ان لا يكون الاول والاخر وقتا وذلك خلاف المطلوب
واجيب بانه لو اقتضى ذلك كان الصلوة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليما للوقت وانما معناه ليس الوقت
منحصرا فيهما بل ما فعلناه بيان للطرفين وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما قوله ولا معتبر بالفجر
الكاذب ظاهر وقوله اذا زالت الشمس قيل اصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن سماعة انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل
على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينتقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينتقص فهو ساعة الزوال التي هي

مطلب معرفة الزوال

مكروه لما فيه من التشبه باليهود وفيه نظر لان كل ما يكون تاخيرها مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون
مباحا الا يرى ان تاخير العشا الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لان التاخير الى نصف الليل مباح على ما يجي
والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه باليهود تركه مستحب لان الاباحة فيه قد تفضي الى المسامحة وما ذكر
في النهاية وغيره في جواب هذا السوال مبنيا على ان الضدين او النقيضين لا يتمشى فليتامل قوله وقال صلعم لا يزال امتي بخير ما عجلوا المغرب
واخروا العشاء دليل معقول على استحباب تعجيل المغرب ومعناه لا يزال امتي بخير مدة تعجيلهم المغرب ووجه التمسك انه الشرع
رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي واعترض على المص في تاخير الحديث عن الدليل العقلي واجيب
بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة الى تاخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله صلعم
قرا سورة الاعراف في صلوة المغرب وذلك يدل على ان التاخير ليس بمكروه واجيب بان ذلك مما نحن فيه فان كلامنا فيما اذا اخرها الى
وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلعم كان من باب المد والمد من اول الوقت الى اخره معفو وبه بطل فساد استدلال
عيسى بن ابان على جواز التاخير ويستحب تاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله صلعم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث
الليل وطولب بالفرق بينه وبين قوله عم لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت السنة وهذا
اثبت الاستحباب واجيب بانا لا نسلم انهما على نهج واحد بل في حديث السواك ينتفي الامر بمانع المشقة فاذا انتفى الامر وكان
مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهذا البتة فيما نحن فيه المنتفي المانع هو التاخير ونفس التاخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب
ولان فيه اي في التاخير قطع السمر المنهي بعده والسمر حديث لاجل المؤانسة وقال صلعم لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه ان يكون ختام
الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتدا الصحيفة لها ليتمحى بينهما من الزلات فقال الله تع ان الحسنات يذهبن السيات قوله وقيل
في الصيف يعجل معنى يستحب تاخير العشا الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف يعجل كيلا يتقلل الجماعة والتاخير
الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك لكان في الصيف مكروها وليس
لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة اي بالكلية
مشترك بينهما فيثبت الاباحة فيهما والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله اي قبل النصف الاخير يعني
ان الاباحة في اخر النصف الاول انما يثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف
الاخير ما يوجد دليل الندب اصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب ان لا يكون في النصف الاخير سمر فيثبت الكراهة لبقاء دليلها
سالما عن المعارض واعترض بتعجيل الفجر في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالما عن معارضة
دليل الندب واجيب بان المعارض هناك موجود ايضا وهو قوله تع وسارعوا الى مغفرة من ربكم فان المسارعة الى العبادة
بعد وجود السبب مندوب اليها لو لم يكن في التاخير يعني تكثير الجماعة فكان فيه تعارض ودليل الندب وهو المسارعة الى العبادة
مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فيثبت الاباحة لذلك بخلاف تاخير العشا الى النصف الاخير فان دليل كراهته سالمة عن معارض
دليل الندب اصلا لانه ليس فيه المسارعة الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ويستحب في الوتر لمن يالف الصلوة
اخر الليل روي اخر الليل بالنصب ونصبه على انه ظرف لتاخير الصلوة فيكون ظرفا وروي مرفوعا وهو مفعول اتم مقام فاعل
يستحب وفي بعض النسخ في الوتر لمن يالف صلوة الليل تاخيرها الى اخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم وهو ظاهر قوله
فاذا كان يوم غيم يعني هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط العين مع العين
يعني كلما في اسمه عين يعجل كالعصر والعشاء وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يوخر واما وجه تعجيل العصر والعشاء فما ذكر في الكتاب
وكذلك وجه تاخير الفجر وقوله لان المدة مديدة يعني ان ما بين التنوير وطلوع مدة مديدة فيؤمن ان يقع الادا وقت طلوع الشمس واما تاخير
الظهر فلانه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب وروى الحسن عن ابي حنيفة التاخير في الكل لما
ذكر في الكتاب
لما فرغ من بيان احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الاخر ولقب الفصل

عبارة عن الزوال واذا اخذ الظل فى الزيادة فقد علم ان الشمس قد زالت كذا فى المبسوط وفى المحيط فاذا اخذ الظل فى الزيادة فالشمس قد زالت
فخط على راس موضع الزيادة فيكون من راس الخط الى العود فى الزوال ثم هو مختلف باختلاف الامكنة والاوقات حتى قيل انه فى اطول ايام
السنة لا يبقى بمكة فى ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تاخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفى غير معتبر فى التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه ودو
واخر وقتها عند ابى حنيفة اذا صار ظل كل شئ مثليه اعلم ان الروايات عن ابى حنيفة اختلف فى اخر وقت الظهر روى محمد اذا صار
ظل كل شئ مثليه سوى فى الزوال خرج وقت الظهر دخل وقت العصر وهو الذى عليه ابو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شئ
مثله سوا خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وزفر والشافعى رحمه وروى اسد بن عمرو عنه ايضا
اذا صار ظل كل شئ مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قال الكرخى وهذا اعجب الروايات الى لموافقتها
لظاهر الاخبار وقوله لهو الوقت اذا صار ظل كل شئ مثليه فيه تسامح لان اخر الشئ منه واذا صار ظل كل شئ مثليه خرج وقت
الظهر عنده وكذا اذا صار مثله عندهما الا يرى ان ما فى المنظومة ٭ والعصر حين المرء يلقى ظله ٭ قد صار مثليه وقالا مثله ٭ وتاويله اخر
الوقت الذى تحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد لخطوط واخر وقت المغرب حين تغيب الشفق ولا شك ان بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج
وقوله لما امامة جبرئيل اختلف نسخ الهداية فيه ففى بعضها فى اليوم الاول اى امامته للعصر فى اليوم الاول فى هذا الوقت وفى بعضها
فى اليوم الثانى فى هذا الوقت اى الوقت الذى جعله ابو حنيفة وقت الظهر وهو ما اذا صار ظل كل شئ مثليه وقوله وله قوله عم اى ما روى
ابو سعيد رضه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم اى ادخلوا الصلوة فى البرد يعنى صلوها اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اى
من شدة حرها واشد الحر فى ديارهم كان فى هذا الوقت يعنى اذا صار ظل كل شئ مثله وهذا معارض لحديث امامة جبرئيل عم لان امامته
فى صلوة العصر فى اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل شئ مثله دلت على خروج وقت الظهر والامر بالابراد بالظهر دل على عدم خروجه
لان شدة الحر فى ديارهم كان فى ذلك الوقت واذا تعارضت الاثار لا ينقضى الوقت الثابت بيقين بالشك قيل اول من صلى بعد الزوال
ابرهيم عم حين امر بذبح الولد صلى اربع الاولى شكر الذهاب غم الولد والثانية شكر النزول الفدا والثالثة لرضا الله تع
حين نودى قد صدقت الرؤيا والرابعة ليصبر ولده على مرارة الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا وقوله واول وقت
العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين اى قول ابى حنيفة فى الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شئ مثليه
سوى فى الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شئ واخر وقتها وقت غروب الشمس لقوله صلعم من ادرك ركعة من العصر
قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ذكره فى الصحيحين قيل واول من صلى العصر يونس عم حين انجاه الله من اربع ظلمات وقت العصر
لظلمة الزلة وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا وكرم بها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها
ما لم يغب الشفق قال الشافعى رح وقت المغرب مقدار ما يصلى فيه ثلث ركعات وهو واحد قوليه قال الثورى رح فى وقت المغرب
قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق والثانى احمد بن حنبل والثانى اذا مضى بعد الغروب وقت وضوء واذان واقامة
وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال فى الحلية قدر ثلث ركعات وعلى هذا فما ذكره المص من جهته ليس بكاف واستدل
بامامة جبرئيل فى اليومين فى وقت واحد وذلك لان الوقت لو كان ممتدا لم يؤم جبرئيل عم فى اليومين فى وقت واحد لانه كان يعلم اول
الوقت واخره ولنا حديث ابى هريرة رضه اول المغرب حين تغرب الشمس واخره حين يغيب الشفق وما رواه من امامة جبرئيل
فى اليومين فى وقت واحد كان للتحرز عن الكراهة لان تاخير المغرب الى اخر الوقت مكروه ثم اختلف العلماء فى الشفق فقال ابو حنيفة رح هو البياض
فى الافق بعد الحمرة وهو قول ابى بكر ومعاذ وانس وابن الزبير رضه وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابى حنيفة رح رواه عنه اسد بن عمرو وهو قول
ابن عمر وشداد بن اوس وعبادة بن الصامت رضه وبه اخذ الشافعى واستدل بقوله عم الشفق الحمرة ولابى حنيفة ما رواه ابو هريرة
ان النبى صلعم قال واخر وقت المغرب اذا اسود الافق الا بعد زوال البياض وما رواه يعنى عم الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر
ذكره فى الموطا والموقوف لا يصلح حجة وفيه اى فى الشفق اختلاف الصحابة كما ذكرناه قيل معنى كلامه ان التمسك بالحديث
فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به او عدم القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك فى ذلك بالموقوف

الفضل بما يكره ومنها ان فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلوة اعتبارا للغالب قوله لا يجوز الصلوة اعلم ان الفرائض لا تجوز عندنا فى هذه الاوقات
وكذا النوافل فى بعض الروايات وعند الشافعى يجوز الفرض فى هذه الاوقات فى جميع البلدان ويجوز النوافل عنده فيها بمكة فقوله
لا تجوز الصلوة ان اراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزم ان لا يجوز النفل واذا لم يجز فان شرع فيه وافسده
لم يجب عليه قضاؤه لكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الائمة فى اصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشى فى الجامع الصغير عند ابى حنيفة وابى يوسف
وان اراد بها الفرض وحده وان النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعى فى تجويزه النوافل فصاحب النهاية
جعل اللام للجنس متناولا للفرض والنفل واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز لا يجوز فعله
شرعا فاما لو شرع لزم كما نقول لا يجوز مباشرة البيع الفاسد اما لو باشر وقبض المبيع ثبت الملك ويلزم عليه ان يكون عدم الجواز فى
الفرائض بمعنى وفى النوافل بمعنى آخر فانه يجعله فيهما من قبيل نهى يقتضى القبح لمعنى فى غيره مجاور به جمعا وذلك يقتضى الكراهة كما
عرف فى اصول الفقه وغيره جعل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال حتى لو صلى النوافل فى الاوقات المكروهة جاز ويكره ونقل
ذلك عن الكرخى والاسبيجابى ويلزمه ان لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعى مستقيما كما ذكرنا انفا لا يقال المراد بقول المص لا يجوز
الصلوة الفرض والحجة على الشافعى الحديث فانه قال نهانا ان نصلى والمراد بالصلوة الفرض والنفل جميعا والدليل يجوز ان يكون
اعم من المدلول لانا نقول ان كان المراد بالنهى عدم الجواز فى الفرض والنفل جميعا لزم عليهم ما نقله عن الكرخى والاسبيجابى وان كان الجواز
مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعى الا اذا ثبت ان اصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز بلا كراهة
ولم اطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز فى الفرض والجواز مع الكراهة فى النفل لزم اختلاف معنى اللفظ الواحد
مرادين لا على سبيل الكناية وهو غير جائز واری ان المراد عدم الجواز فى الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا ولا يلزمه ما نقل من
الكرخى والاسبيجابى لانه اختار خلافه والله اعلم واذا ظهر لك ما قررنا تبين ان النسخة الصحيحة هو ان يقال حجة على الشافعى فى تخصيص
الفرائض وبمكة لانه هو الذى يفيد ما ذكرنا من مذهبه وان كان اطلاق دون ما عداه وهو ما وقع فى بعض من قوله فى تخصيص الفرائض
والنوافل بمكة وفى بعضها لم يذكر النوافل حجة على الشافعى قوله عم من نام عن صلوة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها
وهو مطلق وفى تخصيص مكة ما روى ابو ذر رضه النهى عن الصلوة فى هذه الاوقات معروفا الا بمكة والجواب عن الاول ان المبيح
والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متاخرا وقد عرف فى الاصول وعن الثانى ان هذه الزيادة لم تثبت لانها شاذة او ان معناه ولا بمكة كما فى
قوله تع الا خطأ اى ولا خطأ ثم اختلف العلماء فى الارتفاع الذى يحل الصلوة عنده قال فى الاصل او ارتفع الشمس قدر رمح او رمحين وقال
الفضلى ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس فالشمس فى الطلوع فلا تحل الصلوة فاذا عجز عن النظر حلت وقوله حين تضيف للغروب
بمعنى تمال قيل التخصيص بالثلثة يفيد الانحصار وقد ذكر الاصحاب غيرها من الاوقات ما يكره فيها الصلوة وذلك يستلزم ابطال العدد
المنصوص عليه شرعا واجيب بان غيرها ليس بمعناها لانه يجوز قضاء الفوائت وصلوة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلثة
المذكورة فان ذلك لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم الابطال بان يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة فاما الثلث المذكورة فدليل
حديث عقبة رضه واما غيرها فلما جاء فى الحديث من قوله عم لا صلوة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرها وهو
حجة على ابى يوسف فى اباحة النفل يوم الجمعة روى عن ابى يوسف انه قال لا باس بالصلوة وقت الزوال يوم الجمعة لحديث ابى سعيد
ان النبى عم نهى عن الصلوة فى نصف النهار الا يوم الجمعة واجيب بانه منقطع ادعاه ولا يوم الجمعة كما تقدم فى جواب الشافعى
وقوله ولا صلوة جنازة معطوف على اول الكلام وقوله لما روينا يعنى قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا سجدة تلاوة لانها فى معنى الصلوة
فى انها يشترط لها ما يشترط للصلوة يعنى لما كانت فى معنى الصلوة كانت داخلة تحت النهى عن الصلوة فى قوله ثلث اوقات نهانا رسول الله
صلعم ان نصلى فيها فان قيل بابا لعالم يلحق بها فى قوله عم الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا فينتقض وضوء الضاحك
فى سجدة التلاوة كما فى الصلوة اجيب بان اللام فى قوله فليعد الوضوء والصلوة للعهد التى وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهودة صلوة ذات
تحريمة وركوع وسجود والسجود المجرد ليس فى معناه من كل وجه فلا يلحق به واما النهى عن الصلوة فى هذه الاوقات فلا يتبع التشبيه بالصلوة

بعبدة الشمس والسجود الجزء يحصل به ذلك فكان في معناه فالحق به كذا في الشروح ولو قيل لانها في معنى الصلوة من حيث وقوع التشبه
بعبدة الشمس ووقعه بالصلوة فدخلت تحت ورود عن الصلوة لذلك كان اخصر واحكم وقوله الا عصر يومه عند الغروب مستثنى من قوله
ولا عند غروبها وقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت قد تقدم ان سبب الصلوة اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون
كل الوقت سببا لانه لو كان كله سببا لوقع الاداء بعده لوجوب تقدم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون ادا وليس دليل
يدل على قدر معين منه كالربع او الخمس او غيرهما فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزى والجزء السابق
لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء يتعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل انتقل الى الجزء الذي يليه ثم وثم الى ان يتضيق
الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضي لانه لو تقرر كان الصلوة في آخر الوقت قضاء وليس كذلك لما سنذكر فكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب
او الجزء المضيق او كل الوقت ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية
الكل وقد زالت فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذي يتعين سببا تعتبر صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا بان لا يكون موصوفا
بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا فلا يتادى ناقصا وان كان فاسدا اي ناقصا بان يكون منسوبا الى
الشيطان كالعصر يستانف وقت الاحمرار وجب الفرض به ناقصا فيجوز ان يتادى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات
الواجبة باسباب كاملة فانها لا تقضى في هذا الوقت لان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والنور سنوفي بعون الله
وتاييده واذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما اول جزء او الذي يلي الاداء
او الجزء المضيق او كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول واما قوله فالمؤدي في آخر الوقت قاض فقال صاحب الكافي انه مشكل
لانه مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزم على تقريره جواز قضاء العصر في هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به
العصر ناقصا فينبغي ان يجوز كعصر يومه والجواب عن الاول ان كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك ان السبب في حقه هو الجزء
القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان التاخير عنه
تفويتا للواجب بالاستوا في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلوة والجزء الاول من اليوم في الصوم بهذا اجاب شيخي
شيخ العلامة عبد العزيز رح ورد عليه بان الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار
تعينه للسببية وكذلك عن الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار واذا فات البعض فات الكل واقول في الجواب
عن السوال ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا كان في الاداء في الوقت تقدم
المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد وان يكون الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في
آخر الوقت قاضيا لفوات شرط الاداء وعن الثالث بان قوله بخلاف غيرها من الصلوات يتناول العصر الفائتة لان العصر
الفائتة غير عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت كاملة لا تتادى ناقصة غير انه لم يذكر في وجه وجوبها كاملة وجهه ما ذكرناه
والمراد بالنفي المذكور في صورة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلوة جنازة ولا سجدة تلاوة هو الكراهة يعني به نفي عدم الجواز
بخلاف الفرائض في هذه الاوقات الثلثة سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس الخ محمول على حقيقة عدم الجواز
فان قلت فعلى هذا يكون قوله لا تجوز مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة الى صلوة الجنازة
وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكونا مرادين بلفظين ولا محذور
فيه فان قلت فماذا يفعل في الدليل وهو قول عقبة رضع نهانا فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة قلت حكاية فعل يجوز
ان يكون النهي مكررا في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا تجوز الصلوة متناولا للفرض والنفل فانما يستقيم على غير
ظاهر الرواية وهو ان النفل ايضا لا يجوز في هذه الاوقات كما تقدم واما على ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات
وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعها وادا ها في وقت آخر مكروه مثله جاز ولانه
يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وانه لا يجوز قوله ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه

انه عم نهى عن ذلك والحديث في الصحيحين واستشكل بانه غيى الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها
وههنا ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها وبعد الغروب الى اداء المغرب والجواب انه تثبت بمفهوم الغاية وهو غير
لازم على ان المخالفة ثابتة والكراهة بعد الطلوع والغروب لمعنى آخر والحق ان يقال معناه حتى يغرب طلوع الشمس وحتى يتغير
للغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده وقوله ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين يعني
بعد الفجر والعصر الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض
لا يظهر في حق حقيقة الفرض فان اشتغل الوقت بحقيقة الفرض اولى من الشغل بجهته فلا يظهر في حق الفرائض وما هو بمعناها في الوجوب
لعينه كسجدة التلاوة فانها تجب بعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع فصارت كالفرائض وكذلك
صلوة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق
وجوب المنذور بسبب من جهته اي جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع فكان كالصلوة شرع فيها تطوعا ولان الوجوب
لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل ولصيانة المؤدى لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور الواجب بغيره في ركعتي
الطواف والفاسد بعد الشروع الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولى وقوله لا لمعنى في الوقت تاكيد لقوله لحق الفرض وفيه اشارة الى
الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلثة المذكورة بان ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر
في حق الفرائض والنوافل وغيرهما وهذا المعنى شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النفل دون الفرض
فان قيل ركعتا الطواف واجبتان عندنا على ما يجي في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة فينبغي ان يؤدى
بهما كسجدة في هذين الوقتين وعذره بان الوجوب بختم الطواف بالصلوة ينقض بسجدة التلاوة فان وجوبها للتلاوة وهي فعله ايضا والجواب
ما اشرنا اليه ان السجدة قد تجب بتلاوة غيره اذا سمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف وقوله ويكره ان يتنفل ظاهر وقوله مع حرصه على الصلوة
يعني ان الترك مع الحرص على احراز فضيلة النفل دليل الكراهة وكذلك قوله ولا يتنفل بعد الغروب ظاهر والمعنى في هذه الاوقات
بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وللمبادرة الى اداء المغرب فانها فيه مستحبة ولئلا
التشاغل عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرائض فكان الحاصل ان ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت اثر في الفرائض والنوافل جميعا
وما كان لمعنى في غيره اثر في النوافل دون الفرائض وما هو في معناه والله اعلم

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلوة ناسبه ان يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام
وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسببه مشروعيته ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر وعبد الله بن زيد رض نزول
الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاء دخول وقت الصلوة المكتوبة وصفته ما ذكره في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه سنة
للصلوات الخمس والجمعة وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم ان لا اذان لها كصلوة العيدين بجامع انهما تتعلقان بالامام والمصر الجامع والا
فهي داخلة تحت الخمس وقوله للنقل المتواتر يعني ثبت متواترا ان رسول الله عم اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلوة
العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلوة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد
ان اهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب انه قال ذلك
لانه وان كان ذلك سنة الا ان تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهي كما اذن الملك
النازل من السماء واختلف في ذلك الملك فقيل نزل به جبرئيل عم وقيل كان غيره وقوله ولا ترجيع فيه وهو اي الترجيع ان يرجع
وهو ظاهر وقوله وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع وقوله لحديث ابي محذورة ظاهر الى قوله فطنه ترجيعا ذكر في
الاسرار ان النبي عم امره بذلك لحكمة رويت في قصته وهي ان ابا محذورة كان يبغض رسول الله صلعم قبل الاسلام بغضا شديدا
فلما اسلم امره رسول الله عم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله عم وعرك اذنه فقال له ارجع
وامدد بها صوتك اما لتعلم انه لا حياء من الحق او لتزيد محبة للرسول عم بتكرير كلمات التوحيد وقوله لان بلالا روى ان بلالا رضي اذن

الصلوة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة رضها فقال الصلوة يا رسول الله فقالت عائشة الرسول نائم فقال بلال الصلوة خير من النوم فلما انتبه اخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله عم وقال له اجعله في اذانك قوله وخص الفجر ظاهر وقوله ثم هو حجة على الشافعي في قوله انهما فرادى فانه يقول بشفع الاذان ويوتر الاقامة لحديث انس رضه ان النبي عم امر بلالا بذلك قلنا المعتمد ما فعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث انس ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ان في الاقامة قد قامت الصلوة وهو مشفوع كلمة موتر صوتا وروى ان عليا رضه مر بمؤذن موتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك وقوله ويترسل في الاذان بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى صفات المؤذن فالاول هو ان ياتي به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقر ولا يفصل بين كلمة الاقامة بل يجعلها كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب وان يوالي بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو ترك الموالاة فالسنة ان يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة الا في الصلوة والفلاح والثاني هو ان يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة وباوقات الصلوة فاذان الصبي العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك اذان المرأة وقوله ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ويحول وجهه للصلوة والفلاح يعني عند قوله حي على الصلوة وحي على الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل لو كان كذلك لحول وراءه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف واجيب بانه انما لا يحول وراءه لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفى فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة وان استدار في صومعته فحسن ظاهر وقوله وان لم يفعل فحسن اي الاذان حسن لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل امر به النبي عم بلالا فلا يليق ان يوصف تركه بالحسن ولم يؤثر في الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى فكان معناه ان الاذان بذلك الفعل احسن وبتركه حسن وقوله والتثويب في الفجر مبتدأ وقوله حسن خبره وقوله وكره في سائر الصلوات لما روي ان عليا رضه راى مؤذنا يثوب في العشاء فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر رضه مسجدا نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على رسول الله عم الا في صلوة الفجر وقوله ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثوب لان منفعة عمله تعود اليه وهو اي التثويب على حسب ما تعارفه اهل كل بلدة من التنحنح او قوله الصلوة الصلوة او قوله قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه وقوله وهذا اشارة الى قوله حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر بما ذكرنا انه وقت غفلة ولم يذكر التثويب القديم ههنا وذكر في الاصل ان التثويب الاول كان في صلوة الفجر بعد الاذان الصلوة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين والمتاخرون استحسنوا اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية ولكن لم يشترطوا تعيين ذلك اللفظ الذي هو حي على الصلوة بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرنا آنفا ويكون هذا احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلي كان الصلوة خير من النوم لا غير في اذان الفجر او بعد اذان الفجر فاحدث علماء الكوفة حي على الصلوة حي على الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول واحدث المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع ابقاء الاول وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقوله قال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص بمن يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر ❀ ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب لا خلاف ان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتهيؤوا للصلوة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلوة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلوة مما يتطوع قبلها مسنونا كان او مستحبا يفصل بينهما

بالصلوة لقوله عم بين كل اذانين صلوة قاله ثلثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل يجلس بينهما لحصول المقصود به واما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا على ان الفصل لا بد منه فيه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلث آيات قصار وفي رواية عنه مقدار ما يخطو ثلث خطوات ثم يقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والفرق قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يودي الى التاخير فكذلك لا يفصل بينهما والمذكور ههنا من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو ان يصلي فيه ثلث ركعات قال يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا ان لا جلوس عنده في اذان المغرب وانما اورده ليؤكد قول ابي حنيفة بفعله قيل انما ذكر محمد في الجامع الصغير ابا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان مامورا من جهة ابي يوسف ان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة رحمه قوله وان المستحب معطوف على ما قلنا ويفيد استحباب كون المؤذن عالما بالسنة اي باحكام الشرع لقوله صلعم ويؤذن لكم خياركم وخيارهم من كان عالما باحكام الشرع وهذا يرد على من يقول الاحسن للامام ان يفوض الاذان والاقامة الى غيره فان النبي عم ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان اماما لهم في الصلوات قلنا اذن واقام عم احيانا روى عقبة بن عامر رضه قال كنت مع رسول الله صلعم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر وقوله غداة ليلة التعريس التعريس النزول في آخر الليل روى البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه قال سرنا مع النبي عم فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال اخاف ان تناموا عن الصلوة قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي عم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلوة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام فصلى بالناس جماعة وهو اي قضاء النبي عم باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لا يقال قد روي ان النبي عم امر بلالا فاقام بدون ذكر الاذان لان القضية واحدة فالعمل بالزيادة اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان راويهما واحدا ولم يثبت ههنا ذلك والجواب ان الراوي اذا كان متعددا فالعمل بخبرين اذا امكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القضية واحدة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه فان قيل اذا كان الرفق متعينا في احد الامرين فلا يخير بينهما كما في قصر صلوة المسافر وههنا الرفق متعين في الاقامة فما وجه التخيير اجيب بان ذلك بين الشيئين الواجبين في السنن والتطوعات قال وعن محمد روي في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتت صلوات يقضي الاولى باذان واقامة والبواقي بالاقامة دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب محمول على الصلوة الواحدة فيرتفع الخلاف بين اصحابنا ❀ وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر ينبغي للمؤذن ان يؤذن ويقيم على طهر لانهما لما شابها بالصلوة على ما سياتي فان اذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة بالاشتغال باعمال الوضوء والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلوة ويروى انه اي الثاني لا يكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين والآخر هو الاذان لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة ويروى يكره الاذان ايضا وهو رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين اي بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره اذانه ان للاذان شبها بالصلوة في انهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال ويرتب كلمات الاذان كاركان الصلوة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلوة على الحقيقة ولو كان صلوة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فاذا اشتبها بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبه ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة ولم نعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين فكان يتعطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمها وقوله اما الاول يعني عدم اعادة اذان المحدث واقامته وقوله واما الثاني يعني استحباب الاعادة بسبب الجنابة

وقوله روايتان في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والاشبه اعادة الاذان فقط لان تكرار الاذان مشروع في الجماعة
كما في الجمعة بخلاف الاقامة وقوله يعني الصلوة انما فسره بهذا لانه قال في الايضاح ويحتمل ان يكون المراد من الجواز اصل الاذان
لان رفع الصوت زائد في الباب وقوله وكذلك المراة تؤذن عطف على قوله والجنب احب الى ان يعيد وقوله ليقع اي الاذان
على وجه السنة فان اذان المراة لا يكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها في اعلى موضع ارتكبت بدعة
والا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلوة بالجماعة وجماعتهن
منسوخة وان صلين بجماعة صلين بغير اذان واقامة لحديث رابطة رضها قالت كنا جماعة من النساء امتنا عائشة رضها بلا اذان
ولا اقامة وقوله ولا يؤذن لصلوة ظاهر وقوله والحجة على الكل اي على ابي يوسف والشافعي واهل الحرمين يعني ان الحديث حجة على الاخذ
والماخوذ منه فان قيل جاء في الحديث لا يغرنكم اذان بلال ويعلم به انه كان يؤذن قبل الوقت اجيب بانه حجة لنا حيث
لم يعتبر النبي عم اذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره وقد ذكر في المبسوط ان اذان بلال انكر عليه رسول الله عم وامره ان ينادي
على نفسه الا ان العبد قد نام فقد نام فكان يبكي ويطوف حول المدينة ليت بلالا لم تلده امه وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك
لكثرة معاتبة رسول الله عم اياه وقوله لقوله عم لابني ابي مليكة قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط لخطاب غيرهما وقال روي
عن النبي عم انه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكثركما قرآنا وروي فخر الاسلام وليؤمكما اكبركما سنا
وقوله فان تركهما جميعا يكره ظاهر وقوله لقول ابن مسعود روي ان ابن مسعود رضع صلى بعلقمة والاسود بغير اذان واقامة وقال
اذان الحي يكفينا وذلك لان المؤذن نائب عن اهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك فكان المصلي في الحي بغير اذان واقامة حقيقة
مصليا بهما حكما فلا يكره بخلاف المسافر صلى وحده بغير اذان واقامة فانه يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما وهو تارك للجماعة حقيقة وشبها
وترك الصلوة بجماعة تكره فكذا ترك التشبه فانه كره له تركه

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن
داخلا وقوله التي تتقدمها صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون احترازا عنه وهو قريب من اسلوب قوله تع
يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقوله يجب على المصلي ان يقدم الطهارة وانما اعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلوة ليكون
الباب مشتملا على جملة الشروط وقوله اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة يعني لاجل الصلوة لا لاجل الناس لان الناس في الاسواق اكثر منهم في
المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق فكان معناه خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وهي ستر العورة
عند كل صلوة لان اخذ الزينة نفسها وهي مصدر لا يمكن الا بهذا الطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل
مسجد اطلاق اسم المحل على الحال فان قيل روي عن ابن عباس رضع انها نزلت في شان الطواف لا في حق الصلوة فلا يكون حجة في
وجوب الستر في حق الصلوة اجيب بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقوله عند كل مسجد عام فلا يخص بالمسجد الحرام
وقوله عم لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة لان الحائض لا صلوة لها لا بخمار ولا بغيره فكان مجازا عن البالغة لان الحيض يستلزم
البلوغ وفي دلالة الاية والحديث على فرضية ستر العورة نظر اما الاية فانها تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان طواف
العاري معتدا به فلو افادت الفرضية في حق الصلوة لكان لفظ خذوا مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث
فلانه خبر واحد وهو لا يفيد الفرضية واجيب بان الاية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث قطعي الدلالة لا داء الحكم
ظني الثبوت لكونه خبر الواحد فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتامل وقوله وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة لانه قال ما بين سرته
الى ركبته وقال ما دون سرته والمفهوم من ذلك ان لا يكون السرة عورة وقوله والركبة معطوف على السرة وفيهما خلاف الشافعي فان قيل
كلمة الى للغاية وهي في هذا الموضع لمد الحكم فلا تدخل اجاب بقوله وكلمة الى نحملها على كلمة مع كما في قوله تع ولا تاكلوا اموالهم
الى اموالكم عملا بكلمة حتى في قوله تع حتى يجاوز ركبته او عملا بقوله عم الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل كان بمعنى الى وفي
هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغي ان يقول وعملا بقوله عم بالواو لان المعارضة قائمة بكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى الى
لكن مع دخول الغاية وقد قررناه في التقرير وعن الثاني بان كلمة او لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ اختلفوا في ان الركبة
مع الفخذ عضو واحد او كل واحد منهما عضو على حدة قال المص في التجنيس ثم الركبة الى اخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان
والفخذ مغطى جاز صلوته لان نفس الركبة من الفخذ اقل من الربع قال وقد قيل انها بانفرادها عضو ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو
على حدة في الحقيقة بل هي ملتقى عظم الفخذ والساق وانما حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز فعلى الاول من تبعيضية وعلى الثاني
بيانية وبدن الحرة كلها عورة كلها تاكيد للبدن وتانيثه لتانيث المضاف اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه وقوله
وكفيها يشير الى ان ظهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا لا يتناول ظهره وفي مختلفات قاضي الغني ظاهر الكف
وباطنه ليسا بعورتين وقوله عم المراة عورة مستورة خبر بمعنى الامر ومثله يفيد التاكيد وقيل معناه من حقها ان تستر وقوله
واستثناء العضوين يعني الوجه والكف للابتلاء بابدائهما لان المراة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن كشف وجهها لا سيما في
الشهادة والمحاكمة وقوله وهذا اي قول القدوري وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها تنصيص على ان القدم عورة لانه لم يستثنها
وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعورة وبه قال الكرخي قال المص وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او
متنعلة فربما لا تجد الخف على ان الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى ولما
كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على ان القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال فان صلت وذلك لانه جوز الصلوة مع
ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله عم المراة عورة مستورة عام في جميع بدنها وليس في لفظه استثناء
فاستثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء تخصيص لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه فالجواب ان قوله تع ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الاية اما ان تكون وردت قبل الحديث او ما بعده فان كان بعده نسخت عموم الحديث وان كانت قبله
فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا مما تناوله وقوله وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع بين الثلث
والربع وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث واجيب باوجه بانه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ لعدم
الفائدة وبانه شك وقع من الراوي عن محمد بانه اذا ذكر الربع علم ما فيه الثلث بالدلالة والتنصيص على ما يثبت دلالة بالتصريح غير قبيح
قال الله تع فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا والثلث استحسانا فاورده على القياس والاستحسان
وبان الربع مانع مع القدم والثلث بدونها وبان ابا حنيفة سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه فاورد محمد كذلك اعلم ان
اصحابنا اتفقوا على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد الربع
كثير وما دونه قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة الا اذا كان يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف
والاضافة هيئة تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى هيئة اخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى الهيئة الاولى كالابوة والبنوة
والذي في الشروح ان التقابل بينهما تقابل الضدين ليس بشيء لاجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبة
الى شيء وكثيرا بالنسبة الى غيره وعلى هذا ورد في النصف عن ابي يوسف روايتان وقوله فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده
دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس اكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة وانه لما لم يدخل في ضده
اي ضد القليل وهو الكثير فان مقابله وهو النصف الاخر ليس باقل منه لم يكن داخلا تحت حد الكثرة فكان قليلا لا يجب به الاعادة
وقوله في ضده اي في مقابله وكانه هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية الكمال يعني ان الربع
الشيء اي تم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الراس والحلق في الاحرام ويقال رايت فلانا وانه لم ير منه
الا وجها احد الجوانب الاربعة فكذا ههنا احتياطا في باب العبادة واعترض بان اعتبار هذا بمسح الراس غير مستقيم لان مسح كل الراس
لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الراس واجيب بان الاصل في الراس غسل كله كما في غسل الوجه لان التطهير
المقصود بالوضوء يحصل به الا ان الشارع اكتفى بالمسح من الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعا للضرورة فكان قائما مقام الكل من حيث الوجه
وقيل هذا تشبيه القدر بالقدر لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله عم انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا

المرئی بالمرئی والشعر والبطن والفخذ كذلك يعنی علی هذا الاختلاف ای الذی تقدم ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد عضو
علی حدة والمراد به النازل قيل وجعل الشعر من الاعضا للتغليب او لانه جزء من الادمی حتی لا يجوز بيعه والمراد به النازل من الراس ای
المسترسل وقوله هو الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما علی الراس واما المسترسل وهو ما نزل
الی الاسفل من الاذنين ففی كونه عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضی
ان يجوز النظر الی صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله البلخی وهو امر يودی الی الفتنة فكان الاحتياط
بالاخذ بهذه الرواية وقوله وانما وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الراس عورة لكان باعتبار انه
من بدنها وليس كذلك لان غسله فی الجنابة وليس شیء من بدنها كذلك ووجهه ان سقوط غسله ليس باعتبار انه ليس من بدنها بل
هو من بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة علی هذا الاختلاف يعنی الذی تقدم من انكشاف الربع
او النصف والعورة الغليظة هی القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم علی اختيار الكرخی حيث فی كتابه انه يعتبر فی السوئتين قدر الدرهم
وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم فی النجاسة الغليظة تعتبر الدرهم وفی الخفيفة الربع فكذا فی
العورة واما علی اختيار عامة العلماء فلا فائدة فی تقسيمها اذ فی كل منهما يعتبر انكشاف الربع مانعا عندهما خلافا لابی يوسف سواء كان ذلك عضوا
صغيرا او كبيرا او ما ذهب اليه الكرخی وهم لانه قصد به التغليظ فی العورة الغليظة وخفف لانه اعتبر فی الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون اكثر من قدر
الدرهم فهذا يقتضی جواز الصلوة وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو ناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشاف ربعه جواز الصلوة وكذا
الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما فی الدية احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع
عندهما قال شيخ الاسلام وهذا كله عند علمائنا واما عند الشافعی فان القليل والكثير فی ذلك سوا فی المنع عن جواز الصلوة فكان الخلاف فی
هذا كالخلاف فی قليل النجاسة قال وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة ما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة قال فی شرح
الطحاوی من كان فی رقبتها شیء من الرق فهی فی معنی الامة وهذا لان حكم العورة فی الاناث اغلظ فاذا كان شیء من الرجل عورة فمن الانثی اولی
وظهرها وبطنها عورة لانهما محل الشهوة وما سوی ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضی الله عنه القی عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر حين رأی
جارية متقنعة وقوله يا دفار بالدال المهملة ای منتنة وروی ان جواريه كان يخدمن الضيفان مكشوفات الراس مضطربات الثديين والمهنة
بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال من مهن القوم خدمهم وانكر الاصمعی الكسر وقوله فی حق جميع الرجال ای سوی مولاها وقوله ومن لم يجد ما يزيل به
النجاسة بالقصر ليتناول المائعات ومعناه علی الوجه الذی ذكره فی الكتاب ظاهر وقوله لان فی الصلوة فيه ای فی الثوب الذی يكون الطاهر منه
اقل من الربع ترك فرض واحد وهو الطهارة وفی الصلوة عاريا ترك الفروض كستر العورة والقيام والركوع والسجود وقوله لان كل واحد منهما ای
من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان ای وهما يستويان خبر مبتدأ محذوف ليكون عطف جملة اسمية علی اسمية
وقوله فی حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما فی المانعية
من غير رجحان لاحدهما علی الاخر فيختار ايهما شاء ويجوز ان يكون معناه فی مقدار الربع فان المانع فی النجاسة الخفيفة مقدر بالربع وكذا المانع فی العورة
الربع فلما استويا فی المانعية فی المقدار استوی اختيار المصلی ايضا فی ان يصلی فيه او يصلی عريانا وحاصله انهما يستويان فی الموضعين فی
المنع وفی المقدار فيجب ان يستويا فی حق الصلوة فی ذلك الثوب ای فی حق اثبات الاختيار ايضا وقوله وترك الشیء الی خلف لا يكون تركا جواب
عن قوله وفی الصلوة عريانا ترك الفروض لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيم علی تقدير ان يصلی العاری قاعدا اما اذا
صلی قائما فانما يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا بازائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان تارك فرض بازاء الاتيان
بفرض اخر فيتخير وكان محمد اخرج هذا الكلام علی ما هو الافضل وهو الصلوة قاعدا حملا لحال المسلم علی ما هو الاصلح فان قيل سلمنا انه اتی بفرض وترك
فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان فرضية الستر اقوی من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر فی الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلوة
واختصاص الطهارة بها فلا يجوز [illegible] انا لا نسلم ان فرضية الستر اقوی فان خطاب الستر فی حق الصلوة انما هو فی الستر بالطاهر لا بالنجس
واذا كان كذلك تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلی قاعدا فقد اتی ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلی

قائما فقد استعمل النجاسة واتی بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلی عريانا قاعدا يومی بالركوع والسجود وهكذا فعله اصحاب
رسول الله صلعم ورضی عنهم روی عن انس بن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله ركبوا فی السفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا
قعودا وهذا قول روی عنهم ولم يرو عن اقرانهم خلاف فحل محل الاجماع وقوله فان صلی قائما اجزأه ظاهر وقوله الا ان الاول يعنی الصلوة
قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس وما كان كذلك كان اكد ولان الايماء خلف عن الاركان فتركه كلا ترك بخلاف الستر فانه
لا خلف له قيل هذان المعنيان يقتضيان انحصار الجواز فی القعود فلا وجه للجواز قائما والجواب انه ممنوع فان وجه الجواز
قائما موجود وهو الاتيان بالاركان نفسها والاتيان بها خير من الاتيان بخلفها والستر وان كان اعم وجوبا ونفعا لكنه لم يحصل بجميعه واذا
لم يحصل بجميعه لم يعتبر فی مقابلة ترك الركوع والسجود الذی هو الركن الاصلی فی الصلوة وهذا يقتضی ان لا يجوز قاعدا ويميل الی انهما
سوا ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله فعلوا كذلك علی ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود ولان الستر وان كان
قليلا فهو اولی من الاركان لقيام الخلف مقامها قال وينوی للصلوة التی يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام فيهما
فی مواضع فی نفس النية وفی الاصل الذی وجبت به وفی وقتها وكيفيتها والمصنف بدأ ببيان الاصل الثابتة به فقال والاصل فيه ای فی اشتراط
النية قوله عم الاعمال بالنيات ای حكم الاعمال بالنيات او ثوابها المختص بها وقيل تقريره الصلوة عمل والاعمال بالنيات فالصلوة
بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلوة وفيه نظر ولان ابتدا الصلوة بالقيام وهذا ظاهر وهو ای القيام متردد بين العادة والعبادة
فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما فلا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقتها بقوله والمتقدم علی التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل
لا يليق بالصلوة وهذا علی سبيل الجواز فانه روی عن محمد انه لو نوی عند الوضوء انه يصلی الظهر والعصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من
جنس الصلوة الا انه لما انتهی الی مكان الصلوة لم تحضره النية جازت صلوته بتلك النية واما الافضل فان تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا
بنية متأخرة قوله ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه ای من النية عن التكبير رد لقول الكرخی فانه يجوزها بنية متأخرة عن التحريم واختلفوا علی قوله
فقيل الی انتهاء الثناء وقيل الی التعوذ وقيل الی الركوع وقيل الی ان يرفع راسه من الركوع وقوله لان ما مضی يعنی من الاجزاء لا يقع عبادة
لعدم النية والاجزاء الباقية مبنية عليه فلم يجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متأخرة عن اول جزئه للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة
فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لشاق الامر علی الناس واما الصلوة فانها يؤدی بها فی وقت انتباه ويقظة فلا ضيق
فی اشتراط النية عنده ثم ذكر نفس النية بانها هی الارادة ای الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية فی اللغة العزم والعزم هو الارادة الجازمة
القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما فالنية هو ان يجزم بتخصيص الصلوة التی يدخل فيها ويميزها عن العادة ان كان
نفلا وعما يشاركها فی اخص اوصافها وهو الوصف ان كانت فرضا وقوله والشرط ان يعلم بقلبه ای صلوة يصلی قيل وامارة علمه بذلك
لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب علی البديهة فان توقف فی الجواب لم يكن عالما به واعترض بان هذا يرجع الی تغيير النية بالعلم وهو غير صحيح
لانه لا يلزم من العلم بالشیء نيته الا تری ان من علم الكفر لا يلزمه شیء ومن نوی الكفر كفر واجيب بان معنی كلامه والشرط قصد بعد ان يعلم وهو
بعيد اذ ليس فی كلامه ما يشير اليه ولا يلوح واقول اری انه اراد بذلك ما ذكرت انفا وهو ان يجزم بتخصيص الصلوة التی يدخل فيها وغير ذلك لان
التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور وقوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به ای فی حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته وقوله ثم ان كانت
الصلوة نفلا بيان لكيفية النية وذلك لان الصلوة التی يدخل فيها اما ان يكون فرضا او غيره والثانی يكفی فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة
فی الصحيح لان النية فی النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية وقوله فی الصحيح احتراز عما قيل انه لا بد من ان ينوی سنة الرسول عم لانها
صفة زائدة علی النفل المطلق كالفرض والاول المصلی فيه اما ان يكون منفردا او مقتديا بالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذی يدخل فيه كالظهر مثلا
ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوی الظهر والفجر مثلا ولم ينو ظهر اليوم او
الوقت ان كان يصلی فی الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه ظهر صلوة فائتة فلا يتعين المقصود والاول اظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت
والفائتة ليست كذلك بل انما توجد بعارض فمطلقه ينصرف الی ظهر الوقت واقول الشرط المتقدم وهو ان يعلم بقلبه ای صلوة يصلی يحسم مادة هذه
المقالات وغيرها فان العمدة علی حصول التمييز به وهو المقصود والمقتدی ينوی الصلوة علی الوجه المذكور ومتابعة لانه يلزمه فساد صلوة المقتدی من جهة

ذلك الغير وهو الامام فلا بد من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضرر الملتزم وان لم يذكر الامام وان اشترط امانة الفساد لان
حضورهن الجماعة مكروه نادر الوقوع في عادة الامصار قال ويستقبل القبلة. استقبال القبلة ايضا من شروط الصلوة لقوله تع
فولوا وجوهكم شطره اى شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال ان الله تع قال فلنولينك قبلة ترضيها ثم امرنا بالتوجه شطر المسجد الحرام ثم
المصلى اما ان يكون بمكة او غائبا عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي عم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة والتابعون
فكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تع امر النبي عم والمؤمنون بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة
وفيه اشارة الى ان اصابة عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ ابي عبد الله الجرجاني ان فرضه
اصابة عينها يريد بذلك اشتراط النية بعين الكعبة لان اصابة عينها وهو غائب عنها غيب لا يطلع عليه فيكون التكليف بها تكليفا بما ليس
بمقدور فلا يجوز اشتراطها واما من كان الشرط عنده اصابة الجهة فليس له حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها فكان الشيخ ابو بكر محمد بن
الفضل يشترطه والشيخ ابو بكر محمد بن حامد لا يشترط وقال المص في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال القبلة
شرط من الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وقوله ومن كان خائفا يصلي الى اى جهة قدر بيان ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف
لاسباب مثل من اختفى من عدو او غيره ويخاف انه اذا تحرك واستقبل القبلة يشعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء او مضطجعا
حيث ما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل
القبلة سقط في الماء جاز له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حال الاشتباه ومن اشتبهت عليه القبلة وليست بحضرته من اهل
ذلك الموضع من يساله اجتهد وصلى قيد بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بها منهم لم يصح له الاجتهاد في امر القبلة
وانما عليه السوال وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد لان الصحابة رضهم اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول
الله فلم ينكر عليهم وقوله ولان العمل بالدليل الظاهر واجب ظاهر وقوله ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري الخ قيل هذا لا يصح جوابا
للشافعي لانه له ان يقول سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل بان ياتي بما في وسعه مما امر به ولا ياثم به عند ظهور الخطاء وليس كلامنا
فيه وانما كلامنا فيما اذا ظهر خطاؤه بيقين ايكون فعله كلا فعل في حق وجوب الاعادة ام لا وليس مما ذكرتم ما يدل على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته من
الاستقرا كما اذا صلى في ثوب باجتهاد على انه طاهر فاذا هو نجس وكما اذا توضأ بالتحري بما في الاواني على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم
باجتهاده في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة فيها كلها لظهور الخطا بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك
فيما نحن فيه واجيب بالفرق بان النجاسة واشباهها مما لا يحتمل الانتقال من محل الى محل فلم يجز له العمل الا بظاهر ما ادى اليه تحريه فاذا ظهر
ما هو اقوى منه ابطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان في ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعده بيقين بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفا
بالنجاسة وكذلك في حكم القاضي بالاجتهاد فيما فيه نص بخلافه واما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل للانتقال الا يرى انها انتقلت من بيت المقدس
الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد من مكة ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيث ما توجهت اليه راحلته
فبعد ما صلى الى جهة بالتحري اذا تحول رايه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة فكان تبدل الراي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر به
بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلوة وهو المقصود في الامر بالتوجه الى الكعبة لان الله تع
لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها التحري وقوله وان علم ذلك في الصلوة ظاهر وقباء بالضم هو الموضع
قرب المدينة ينون ولا ينون وقوله من غير نقض المودى قبله لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي وقوله
ومن ام قوما في ليلة مظلمة ظاهر وقوله من علم منهم اى من القوم المقتدين بحال الامام قال في النهاية وهذا القيد وهو علم المقتدين حال كونهم
ما هو بين ليس بلازم في حق فساد صلوتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتدا فالحكم كذلك وان كان الامام في وقت الاقتدا على الصحة وفيه نظر
لان قوله من علم منهم اى من القوم المقتدين حال امامه اعم من ان يكون علم قبل الاقتدا به او بعده واما ان العلم قبل الاقتدا كالعلم بعده فلما
ذكر المص في التجنيس رجل تحرى القبلة فاخطا فدخل في الصلوة وهو لا يعلم ثم علم وتحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلوته وقد علم حاله
الاولى لا يجوز صلوة الداخل لانه دخل في صلوته وعلم ان الامام كان على الخطاء ودخل في صلوته لم يجز فكذا هذا وقد استشكل صورة هذه المسئلة

المسئلة لانه وضعها في الليلة المظلمة والصلوة فيها جهرية فيعلمون حال الامام بصوته واجيب بكون الصلوة قضاء وبكون الامام
ترك الجهر نسيانا وبانهم عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم لكن لم يميزوا من صوته انه الى اى جهة توجه وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير

باب صفة الصلوة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في بيان المقصود والوصف والصفة
مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف
والصفة هي المعنى القائم بذات الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلوة باركانها وعوارضها
قوله فرائض الصلوة ستة القياس ان يقال ست لان الفرائض جمع فريضة لكن قاله على تاويل الفرض الذي هو جمع فرض
وفي بعض النسخ ست وانما قال فرائض الصلوة ولم يقل اركانها لان الفرائض اعم تتناول الاركان وغيرها من المذكور في الكتاب
التحريمة وهي فرض وليست بركن والتحريم جعل الشي محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما خصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء
المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض لقوله تع وربك فكبر وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وان يقال الله اكبر روى
انه لما نزل قال رسول الله صلعم الله اكبر فكبرت خديجة وفرحت وايقنت انه الوحي فان سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء
لمعنى الشرط كانه قيل وما كان اى اى شي كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير والامر للوجوب
وسائرها ليس بواجب بالاجماع فتعينت له ضرورة وكذلك القيام لقوله تع وقوموا لله قانتين اى مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين
وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلوة ووجه الاستدلال انه امر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلوة
فكان واجبا فيها ضرورة والقراة لقوله تع فاقروا ما تيسر من القران ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراة مقدارها وقوله
تخالفا في الوجوب والركوع والسجود لقوله تع اركعوا واسجدوا على ما مر من وجه الاستدلال قيل كان الناس اول ما اسلموا يسجدون
بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عم لابن مسعود حين علمه
التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ووجه الاستدلال انه عم علق التمام اى تمام الصلوة بالفعل قرا او لم يقرا لانه
علقه باحد الامرين من قراة التشهد والقعود واحدهما وهو القراة لم تشرع بدون الاخر حيث لم يفعله رسول الله عم الا فيه وانعقد على ذلك
الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراة البتة فكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الاخر وكل ما علق بشي لا يوجد دونه فتمام الصلوة
لا يوجد بدون الفعل واتمام الصلوة واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اى فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو
بصراحته لا يفيد الفرضية فكيف مع هذا التكلف العظيم اجيب بان قوله تع اقيموا الصلوة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل من الكتاب
اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال فليكن الامر في قراة
الفاتحة كذلك فيكون واجبة لان نص القراة ليس بمجمل بل هو خاص فيكون الزيادة عليه نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه اخر
وهو ان خبر الواحد اذا كان ملتقى بالقبول جاز اثبات الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجة الركنية اعلى وقد ثبتت ركنية
الوقوف بعرفات بقوله عم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصرح جعل القعدة من فرائض الصلوة حيث ذكرها فيها
فجاز ان يثبت بخبر تلقى بالقبول قال وما سوى ذلك فهو سنة اى ما سوى ما ذكرنا من الفرائض فهو سنة اطلق يعني القدوري اسم
السنة وفيها واجبات كقراة الفاتحة الخ فلا يكون اطلاقا صحيحا والعذر ما ذكره بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اى القدوري لانه
ثبت وجوبها بالسنة واعلم ان المراد بالواجب منها ما يجوز الصلوة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدة السهو وبالسنة
ما فعله رسول الله صلعم بطريق المواظبة ولم يتركها الا بعذر كالثنا والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود وللصلوة اداب
والادب فيها ما فعله رسول الله مرة او مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلثة والزيادة على القراة
المسنونة قوله ومراعات الترتيب فيما شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا
وقام واتم صلوته ثم تذكر فان عليه ان يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احتراز عما شرع غير مكرر فيها
كالركوع فانه بعد السجود لا يعتد به بالاجماع وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه

لايجب السجدة على من تركها ساهيا لانها سنة فبتركها لايتمكن كثير نقصان في الصلوة كما اذا ترك الثنا والتعوذ لان مبنى الصلوة على الافعال
دون الاذكار وجه الاستحسان وهو الصحيح ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلوة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فاما تكبيرة
الركوع وثنا الافتتاح فغير مضاف الى جميعها فبتركها لايتمكن النقصان فيها كذا في الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجب ههنا
ما لا يجوز الصلوة بدونه ويجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما يجب السجدة بتركها ساهيا وللصلوة جواز بدونها فيكون واجبة
وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس يعرف من هذا ان كل ما هو واجب يجب سجدة السهو بتركه ساهيا وبالعكس على
وجه القياس واما على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما يجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلوة كما
ذكرنا فان قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكرها ههنا وكذلك تعديل الاركان
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اجيب بان مقصوده ههنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان ان ما سوى المذكور ليس بمنحصر في السنة وذلك
يحصل بايراد صورة واحدة وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين الحقيقة
والمجاز لانه حينئذ يكون المراد السنة والواجب ايضا لانه ثبت بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كان في محلين
مختلفين على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري عراقي فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد تبعه في ذلك وخلله ظاهر والحق
انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة والواجبات والسنن المذكورة داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة
وقوله واذا شرع في الصلوة كبر اي اراد الشروع لان التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد في المبسوط اذا اراد الرجل
الدخول في الصلوة وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر وقوله وقال عم معطوف على قوله لما تلونا معنى والتحريم مصدر حرم وهو مضاف
الى فاعله وهو الصلوة ولا يقدر له مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شيء آخر وقوله التكبير لا يصلح ان يكون محمولا على تحريمها
ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلوة غير افعال الصلوة على المصلي ليس عين التكبير ولا عكسه فيكون معناه تحريم الصلوة
بالتكبير ولكن جعل التكبير عين التحريم مبالغة وقوله وهو اي التكبير شرط عندنا خلافا للشافعي وقوله حتى ان من تحرم بيان فائدة الاختلاف
فعندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوات بشرط واحد يجوز دون ركن
واحد لا يجوز فان قيل الاقسام العقلية ههنا اربعة بناء الفرض على الفرض وبناء النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء النفل على
الفرض وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية اولا فالجواب ان بناء الفرض على الفرض جوزه ابو اليسر قال في
مبسوطه لو شرع في الظهر واتمها ولم يسلم وبنى عليه العصر اجزأه ونفاه القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير
وبناء النفل على النفل يجوز واما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء المثل على المثل او الاضعف على
الاقوى معقول موافق للاصول لان الشيء يجوز ان يستتبع مثله او ما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل الاقوى تابعا
للادنى فان قلت قولهم الشرط يعتبر وجوده لا وجوده قصدا يقتضي جواز هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب ان وجود الشرط لاجل
المشروط والمانع وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا قوله وهو اي الشافعي يقول يشترط لها ما يشترط لسائر
الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر وكل ما يشترط له ما يشترط لسائر الاركان ركن قياسا
على كل واحد من الاركان ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلوة على الذكر ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل
على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا اي ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرار الاركان في كل صلوة كالركوع
والسجود وقوله ومراعاة الشرائط جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها
وانما هو لاتصالها بالقيام الذي هو ركن الاداء ان الاداء لما انفصل عن الاحرام في باب الحج لم يشترط للاحرام سائر شرائط
الاركان فان الوقت شرط لاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا والاختلاف فيهما على نسق واحد قال ويرفع يديه مع التكبير
وهو سنة ٭ رفع اليدين في اول الصلوة سنة بلا خلاف لان النبي عم واظب عليه مع الترك وهي علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا
ترك فان ذلك دليل الوجوب على ما سياتي في افضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام وقاضي خان مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير

اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي عبارة عن القول والمحكي عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسي والذي
عليه اكثر مشايخنا انه يرفع يديه اولا فاذا استقر في موضع المحاذاة كبر وجعله المص اصح لان في فعله وقوله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله
الكبرياء عن غير الله تعالى ويثبت بقوله لله تعالى فيكون النفي مقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف للتفريق بين الاصابع عند رفع
اليد بتركها على ما هي عليه بين الضم والتفريق وما روي انه عم كبر ناشرا اصابعه معناه ناشرا عن طيها وقوله ويرفع يديه حتى يحاذي
بابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر وهذا مذهبنا قول ابي موسى الاشعري ومذهب الشافعي قول ابن عمر رضي الله عنهم ذكره شمس الائمة السرخسي وقوله ولان رفع اليد
لاعلام الاصم قال في النهاية كان يحتاج يقول رفع اليد لاعلام الاصم ايضا بزيادة قوله ايضا لدفع التناقض صورة لانه ذكر اولا ان
معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون لغيره فكانه يجرم حول ان معلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان يكون علة مركبة
فاذا قال ايضا كان نفي الكبرياء واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد ثم اعتذر بان المص تابع شمس الائمة وقد ذكره كذلك فان دابهم ترك
التكلف وتفهيم المعاني وقيل لو كان لاعلام الاصم لما اتى به المنفرد واجيب بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى واركعوا مع
الراكعين فيكون الانفراد نادرا على ان حكمة الحكم لا تراعى في كل فرد فان قيل فعلى هذا يجب ان لا ياتي به المقتدي اجيب بان الاصم
يجوز ان يكون في آخر الصفوف وقوله وهو بما قلناه اي اعلام الاصم لما قلناه من رفعهما حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وقوله
وما رواه يعني من حديث ابي حميد على حالة العذر وروي عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذنين
ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب وقوله هو الصحيح احتراز
عن رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل لان رفع اليدين انما يكون بكفيها وكفيها ليست بعورة
فكانت هي والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه استر لها وقوله فان قال بدل التكبير يدل على ان
الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع في الصلوة اذا قال الله اكبر كان شارعا في الصلوة بلا خلاف وكذلك اذا قال الله الاكبر خلافا لمالك
وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا له وللشافعي واما اذا قال الله اجل واعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله او لا اله
غيره فقد قال ابو حنيفة ومحمد اجزأه وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير اي يمكنه ان يقول الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير لا يجوز
وان لم يحسن جاز ومالك يقول الاصل في ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول فلا يجوز غيره والشافعي يقول ادخال الالف واللام
اي في الجزء وهو اكبر ابلغ في الثناء لان تعريف الخبر يقتضي حصره في المبتدأ كما في قولك زيد العالم وقد عرف في موضعه فيكون ما زاد فيه
من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه منقولا فالحق الغائب بما زاد فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء
لان اثبات الزيادة ليس بمراد في صفات الله تعالى لعدم مساواة احد اياه في اصل الكبرياء حتى يكون افعل للزيادة كما يكون في اوصاف العباد
فكان افعل وفعيل سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله تعالى فلما رأينه اكبرنه اي عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا من الالفاظ وهذا بناء
على ان الفرض عمل اللسان والتكبير لغة فيجوز ان يلحق به غيره اذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله كبير شارعا
لان فيه معنى التعظيم لكونه مشتقا من الكبرياء وهو التجزي وقال محمد يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب
ان مناط الحكم حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر انه اذا شرع بتلك الالفاظ هل يكره او لا قال بعضهم لا يكره وقال بعضهم يكره قال في النهاية وهو
الاصح كذا في المحيط قال وان افتتح الصلوة بالفارسية ٭ اعلم ان الافتتاح بالفارسية والقراءة بها في الصلوة والتسمية بها
على الذبيحة جاز عند ابي حنيفة سواء كان قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد ان احسن العربية لا تجزيه الا في الذبيحة
وان لم يحسنها اجزأه في الجميع ومحمد مع ابي حنيفة في الافتتاح في العربية فانه جوزه باي لفظ كان من اسماء الله تعالى على ما تقدم ومع ابي
يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية قال لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال صلعم في سر من
تفضيل لسان العرب على غيره انا عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما
نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا والقرآن هو المامور بقراءته في الصلوة قال الله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن على ما يأتي
وهذا يقتضي ان لا يترك حالة العجز ايضا الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه

جازله الایما بخلاف التسمیة فان المقصود بها الذکر قال الله تع ولا تاکلوا مما لم یذکر اسم الله علیه وهو یحصل بکل لسان سواء کان یحسن العربیة
اولم یحسن فی قولهم جمیعا وکذلک الشهادة عند الحکام واللعان والعقود یصح بالاجماع وروی عن الشافعی فی القراءة کقولهما وروی انه لا یجوز
لکنه ان کان لا یحسن العربیة فهو امی یصلی بغیر قراءة ولو قرأ بالفارسیة فسدت صلوته لانها من کلام الناس ولابی حنیفة قوله تع وانه لفی
زبر الاولین وصفه بکونه فی زبر الاولین ولم یکن القرآن بنظمه فیها لا محالة فتعین ان یکون بمعناه فیها والمقرؤ بالفارسیة علی سبیل الترجمة
یشتمل علی معناه فیکون جائزا الحاقا به فان قیل قوله تع انا انزلناه قرآنا عربیا محکم لا یقبل التاویل وقوله تع وانه لفی زبر الاولین محتمل لان
بعض المفسرین ذهب الی ان الضمیر للنبی عم فکیف یترک المحکم به اجیب بانه تاویل بعید یفضی الی التعقید اللفظی بتفکیک الضمائر
فی قوله وانه لتنزیل رب العالمین الخ والکلام المعجز مصون عن ذلک فان قیل سلمنا تساویهما فی الاحکام لکن یکونان متعارضین فمن
این تقوم الحجة فالجواب بان اعمال الدلیلین ولو بوجه اولی من اهمال احدهما فیحمل قوله وانه لفی زبر الاولین علی حالة الصلوة لانها حالة
المناجاة والاشتغال بنظم خاص یذهب بالرقة ویحمل قوله انا انزلناه قرآنا عربیا علی غیر حالة الصلوة وقد قررناه فی التقریر ابسط من هذا
قوله ولهذا ای ولکون القرآن لم یکن فی الزبر بهذا النظم جازت القراءة بالفارسیة عند العجز ولا شک ان العجز لا یجعل غیر القرآن قرآنا
وقوله الا انه یصیر مسیئا استثناء من قوله اجزأه عند ابی حنیفة ولمخالفة السنة المتوارثة وهی القراءة بالعربیة وقوله هو الصحیح احتراز عن
قول ابی سعید البردعی فانه قال انما جوز ابو حنیفة القراءة بالفارسیة دون غیرها من الالسنة لقرب الفارسیة من العربیة قال الکرخی والصحیح
النقل الی ای لغة کانت وقوله لانه لا یعنی من قوله وانه لفی زبر الاولین فانه کما لم یکن فیها بلغة العرب کذلک لم یکن فیها بالفارسیة
ولان الاعتماد علی المعنی عند النقل والمعنی لا یختلف باختلاف اللغات قوله والخلاف فی الاعتداد ای فی انه اذا قرأ بالفارسیة
هل یکون محسوبا عن فرض القراءة اولا ولا خلاف فی عدم الفساد وقوله ویروی رجوعه روی ابو بکر الرازی ان ابا حنیفة رجع الی قولهما
وعلیه الاعتماد لتنزله منزلة الاجماع والخطبة والتشهد علی هذا الخلاف ای یجوز قراءتهما بالفارسیة عند ابی حنیفة خلافا لهما وقوله وفی الاذان
یعتبر التعارف قیل جواب عما یقال قراءة القرآن فی الصلوة لکونها رکنا اعظم اثرا وجوابه انا لا نم عدم جواز الاذان مطلقا بل یعتبر
فیه التعارف فان الحسن روی عن ابی حنیفة انه لو اذن بالفارسیة والناس یعلمون انه اذان جاز وان کانوا لا یعلمون لا یجوز
لعدم حصول المقصود وهو الاعلام وکذا ذکر فی الاسرار وقوله وان افتتح الصلوة بالله اغفر لی بیان ان الشروع بغیر اللفظ المنقول
انما یصح اذا کان ثناء خالصا واما اذا کان مشوبا بحاجة فلا یجوز بالاتفاق ففی قوله اللهم اغفر لی لا یکون شارعا لانه مشوب بحاجته فلم یکن
تعظیما خالصا وان قال اللهم فقد اختلف فیه قیل یجزیه لان معناه یا الله فیتمحض ذکرا وهو قول اهل البصرة وقیل لا یجزیه لان معناه
یا الله امنا بخیر ای اقصدنا بخیر وهو قول اهل الکوفة فلم یکن تعظیما خالصا قیل والاول اصح بدلیل قوله تع واذ قالوا اللهم ان
کان هذا هو الحق من عندک ولو کان معناه اقصدنا بخیر فسد المعنی قال ویعتمد بیده الیمنی علی الیسری الاعتماد الاتکاء وتفسیر
الاعتماد ان یضع وسط کفه الیمنی علی ظهر کفه الیسری وقوله ویعتمد الخ یشیر الی الاعتماد وهو الوضع کما ذکرنا وفیه خلاف
مالک فانه یقول بالارسال روی عنه انه جعل الارسال عزیمة والاعتماد رخصة والی موضع الوضع وهو تحت السرة وعند الشافعی الی
ان یضع یدیه علی الصدر لقوله تع فصل لربک وانحر فان اهل التفسیر قالوا المراد به وضع الیمین علی الشمال علی الصدر ولنا ما روی
انس رض ان من السنة وضع الیمین علی الشمال تحت السرة وهو کما تری حجة علی مالک فی الارسال وعلی الشافعی فی الوضع
علی الصدر والمراد بقوله تع وانحر الاضحیة بعد صلوة العید لان الوضع تحت السرة اقرب الی التعظیم وابعد من التشبه
باهل الکتاب وهو ای التعظیم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القیام عند ابی حنیفة وابی یوسف رحهما وعن محمد انه سنة القراءة وثمرته
تظهر فی المصلی بعد التکبیر فعندهما لا یرسل حالة الثناء وعند محمد یرسل فاذا اخذ فی القراءة اعتمد والاصل ان کل قیام فیه ذکر مسنون
یعتمد فیه وما لا فلا وقوله هو الصحیح احتراز عن قول الفضلی واصحابه قال الفضلی ان السنة فی صلوة الجنازة وتکبیرات العید والقومة
التی بین الرکوع والسجود هو الارسال وقال اصحابه السنة فی هذه المواضع الاعتماد والصحیح ما قاله شمس الائمة الحلوانی وهو
الذی اشار الیه فی الکتاب ان کل قیام فیه ذکر مسنون فالسنة فیه الاعتماد کما فی حالة الثناء والقنوت وصلوة الجنازة وکل

وکل قیام لیس فیه ذکر مسنون فالسنة فیه الارسال فیرسل فی القومة عن الرکوع وبین تکبیرات الاعیاد وبه کان یفتی شمس الائمة السرخسی
وبرهان الائمة وصدر الشهید وذکر فی فتاوی قاضی خان وکما فرغ من التکبیر یضع یده الیمنی علی الیسری تحت السرة وکذا فی تکبیرات العید
وتکبیرات الجنازة والقنوت ویرسل فی القومة وقوله ثم یقول ای المصلی سبحانک اللهم وبحمدک وتبارک اسمک وتعالی جدک ولا اله غیرک
ومعناه سبحتک یا الله بجمیع الائک وبحمدک سبحت وتعاظم اسمک عن صفات المخلوقین وتعالی عظمتک ولم یزد علی ذلک عند ابی حنیفة
ومحمد وهو قول ابی یوسف اولا وعنه انه یضم الیه قوله تع وجهت وجهی للذی فطر السموات والارض حنیفا وما انا من المشرکین ان صلوتی
ونسکی ومحیای ومماتی لله رب العالمین لا شریک له وبذلک امرت وانا من المسلمین قال شیخ الاسلام ولو قال وانا اول المسلمین اختلف
المشائخ فیه منهم من یقول تفسد صلوته لانه کذب فی صلوته ومنهم من یقول لا تفسد لانه یحمل علی انه اراد به قراءة القرآن لا الاخبار
عن نفسه وقوله یضم اشارة الی انه ان شاء قدم علی الثناء وان شاء اخره عنه لان الضم صادق علیهما وهو روایة عن ابی یوسف وعنه ان البداءة
بالتسبیح اولی لقوله تع وسبح بحمد ربک حین تقوم وجه قوله ما روی عن علی رض انه صلعم کان یقول ذلک فاذا ورد الاخبار بهما یجمع
بینهما عملا بالاخبار وجه قولهما ما روی انس ان النبی عم کان اذا افتتح الصلوة کبر وقرأ سبحانک اللهم الخ ولا یزید علی هذا فیحتاج الی تاویل
ما رواه وهو انه محمول علی التهجد فان الامر فیه واسع فاما فی الفرائض فلا یزید علی ما اشتهر فیه الاثر ولهذا لا یوالی بقوله وجل ثناؤک فی الفرائض
لانه لم یذکر فی المشاهیر وقوله والاولی ان لا یاتی بالتوجه ای بقوله وجهت وجهی بعد النیة قبل التکبیر لتتصل النیة به ای بالتکبیر وقوله هو الصحیح احتراز عن
قول بعض المتأخرین انه یقول قبل التکبیر منهم الفقیه ابو اللیث لانه ابلغ فی العزیمة ولیکون عملا بما روی فی الاخبار ووجه الصحیح انه یؤدی
الی تطویل مکثه فی المحراب قائما مستقبل القبلة ولا یصلی وهو مذموم شرعا فانه روی عن النبی عم انه قال ما لی اراکم سامدین وقوله ویستعیذ
بالله من الشیطان الرجیم خلافا لمالک فانه لا یری بذلک لما روی عن انس انه قال صلیت خلف رسول الله عم وخلف ابی بکر وعمر رضی الله عنهما و
کانوا یفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمین ولنا قوله تع فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآیة وظاهره یقتضی ان یکون فرضا
کما قال به عطاء الا ان السلف اجمعوا علی انه سنة وایضا قال معناه اذا اردت قراءة القرآن نبنا لقول بعض اصحاب الظاهر انه یتعوذ
بعد القراءة عملا بحرف الفاء فانه لیس بصحیح لما روی ابو سعید الخدری انه صلعم کان یتعوذ قبل القراءة وقیل الفاء هنا للحال کما یقال اذا
دخلت علی الامیر فتاهب اذا اردت الدخول ولیس بواضح وقوله والاولی بیان لفظ یتعوذ به فان فیه للقراء اختلافا واختار الفقیه ابو جعفر
الهندوانی ان یقول استعیذ بالله لیوافق القرآن ای الدلیل الدال علی التعوذ من القرآن وهو قوله تع فاستعذ فانه امر بالاستعاذة وقرب
منه اعوذ لاشتراکهما فی الحروف الاصول وکأنه احتراز عن قول من یقول اعوذ بالله العظیم السمیع العلیم من الشیطان الرجیم وهو روایة حفص
من طریق هبیرة لان قوله ان الله هو السمیع العلیم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابی حنیفة
ومحمد رحمهما الله لما تلونا من قوله تع فاذا قرأت القرآن الآیة فیأتی به المسبوق دون المقتدی ویؤخر عن تکبیرات العید وعند ابی یوسف هو تبع
للثناء وانه من جنسه لانه دعاء کالاول وتبع الشیء ما کان بعده فینبغی ان یأتی به المقتدی ویقرأ بسم الله الرحمن الرحیم معطوف علی
قوله ویستعیذ وقوله هکذا نقل فی المشاهیر احتراز عن قول مالک وما احتج به فانه یقول لا یأتی المصلی بالتسمیة لا سرا ولا جهرا لما رویناه
من حدیث انس وقوله ویسر بهما ای بالتعوذ والبسملة لقول ابن مسعود اربع یخفیهن الامام وذکر منها التعوذ والتسمیة وآمین وقال
الشافعی یجهر بالتسمیة عند الجهر بالقراءة لما روی ان النبی عم جهر فی صلوته بالتسمیة رواه ابو هریرة قلنا هو محمول علی التعلیم کما شرع الجهر
بالتکبیر للاعلام کما روی عن عمر رض انه جهر بالثناء بعد التکبیر للتعلیم لان انسا رض قال صلیت خلف رسول الله وخلف ابی بکر وعمر وعثمان
فلم اسمع احدا منهم یجهر بسم الله الرحمن الرحیم واذا تعارضت الآثار وجب التاویل وهو کما قلنا من الحمل علی التعلیم وقیل
کان الجهر فی الابتداء قبل نزول قوله تع ادعوا ربکم تضرعا وخفیة فانهم کانوا یجهرون بالثناء والقراءة ایضا حتی نزل قوله تع ولا تجهر
بصلوتک فان قیل خبر الاخفاء بالتسمیة مما یعم به البلوی کحدیث مس الذکر فان الصلوة التی یجهر فیها بالقراءة ثلث فی کل یوم
ولیلة فلو کان هذا الخبر ثابتا فی الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقی الاختلاف فی الصدر الاول ولما بقی الاختلاف فیه مع عموم
البلوی دل علی زیادته کما فی خبر الزکوة فی مال الصبی اجیب بان الاحادیث التی تدل علی ثبوت الجهر وتوجب الاختلاف قد ذکرنا

تاويلها والتاويل رفع الاختلاف فلم يكن ح في صدر الاول اختلاف وفيه نظر لان رفع التاويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع
والصواب ان يقال هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة فان لنا ان نقول خبر الجهر بالتسمية ايضا مما يعم به البلوى الخ وقوله يسر بهما
البا زائدة وقع سهوا لانه يقال اسر الحديث بلا با قال الله تع سوا منكم من اسر القول ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ
وهو رواية الحسن عنه لانها ليست باية من اول الفاتحة ولذا يترك لافتتاح الصلوة والصلوة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا لا يؤثر الفساد
الواقع في اولها في اخرها فيكتفي بها مرة واحدة وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف انه ياتي بها احتياطا لان العلما اختلفوا
في التسمية انها من الفاتحة ام لا وعليه قراءة الفاتحة في كل ركعة فكان عليه قراتها في كل ركعة ليكون ابعد عن الاختلاف قال المص وهو قولهما
ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه ياتي بها في صلوة المخافتة لانه اقرب الى متابعة المصحف ولا ياتي بها فيما يجهر لئلا يختلف
نظم القراءة قال ثم يقرء فاتحة الكتاب وسورة اختلف العلما فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا الى ركنية قراءة اية وذهب الشافعي
الى ركنية الفاتحة ومالك الى ركنية الفاتحة وضم سورة معها له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به
ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به وللشافعي قوله عم لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب وهو كالاول ولنا قوله تع فاقرؤا ما تيسر من القران ووجه الاستدلال ان قوله من القران مطلق ينطلق على ما يسمى قرانا
فيكون ادنى ما ينطلق عليه القران فرضا لكونه مامورا به فان قراءته خارج الصلوة ليست بفرض فتعين ان يكون في الصلوة وفي الاية كلام
سوالا وجوابا ذكرناه في التقرير وقوله والزيادة بخبر الواحد جواب لمالك والشافعي كما ذكرناه فان قيل لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور
تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به اجيب بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسئلة وايضا هو مأول
لاحتمال كونه مذكورا لنفي الجنس او لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد فكان ظني الدلالة فلا يجوز به الزيادة واذا قال الامام
ولا الضالين قال اي الامام امين ويقولها المؤتم قال ذلك نفيا لشبهة القسمة التي يقتضيها ظاهر الحديث وهو قوله عم اذا قال الامام
ولا الضالين فقولوا امين كما هو مذهب مالك لانه عم قال في اخره فان الامام يقولها اي كلمة امين ويخفونها اي الامام والمقتدون
لما روينا من حديث ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وامين ولانه دعا فيكون مبناه على الاخفا كما في خارج
قال الله تع ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب ابي حنيفة ان الامام لا يقولها اصلا لانه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم
القول باخفائها واجيب بان ابا حنيفة عرف ان بعض الائمة لا ياخذون بقوله لحرمة قول علي وابن مسعود فنزع الجواب على قولهما
كما في باب المزارعة على ما يجيء والحق ان ذلك غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب بانه يقولها ويخفيها وهو مذهب
عمر وعلي وابن مسعود قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتامين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن انه
ممنوع فان التامين دعا باجابة الدعا الاول ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الداعي او غيره وما استدل به الشافعي على سنية الجهر
بالتامين في الجهرية من قوله عم اذا امن الامام فامنوا به علق تامين القوم بتامينه وهو يدل على كون تامينه مسموعا ليس بقوي لان تامينه
يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم ان يكون تامينه مسموعا والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطا فاحش قال في التجنيس تفسد
به صلوته وقيل عندهما لا تفسد لانه يوجد في القران في قوله تع ولا امين البيت قال ثم يكبر ويركع المصلي بعد ما فرغ من قراءته يكبر
ويركع وهذه رواية القدوري وهذا يقتضي ان يكون التكبير في محض القيام وبه قال بعض مشائخنا ومن داب المص في هذا الكتاب
ان يصرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين روايته ورواية القدوري فذكر قوله وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط فانه
يقتضي مقارنة التكبير للركوع لان مع يحكم في المقارنة وبه قال بعض اخر قوله لان النبي عم كان يكبر عند كل خفض ورفع دليل قوله ثم يكبر
والمراد بالخفض والرفع ابتدا كل ركن وانتهاؤه وقعا والله اعظم من ان يؤدي حقه بهذا القدر من العبادة لا يقال هذا الحديث
يدل على ان ما يفعل عند رفع الراس من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي عم لان هذا حكاية فعله عم من
الراوي فلا تعارض وقوله عم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد مفصل قولهم على ان المراد بقولهم ورفع
بعضه لاجماله ولان كلمة كل لم تباشره فان قيل فما ذا يفعل بما روي نوابه وعلوا ان رسول الله عم ما كبر حال الركوع وانا كبر

كبر اذا رفع راسه منه اجيب بانه على تقدير ثبوته رجحنا ما روينا لانه اثبت متنا واتقن رواة لانه رواه علي وابن مسعود
وجماعة من الصحابة وما رووه فرواية عبد الرحمن بن ابزى رضه وقيل انه عم كبر الا ان عبد الرحمن لم يسمعه وسمع غيره
وهو مما يعم به البلوى فلا يكون قوله وحده فيه حجة وقوله ويحذف التكبير حذفا اي لا يمد في غير موضع المد لان المد في اوله خطا من حيث
الدين لكونه استفهاما فيكون شكا في كبريا الله تع وهو كفر اذا تعمد به وفي اخره لحن من حيث اللغة اي عدول عن سنن الصواب
في اللغة لان افعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلوة عند بعض مشائخنا وهو قول الفقيه ابي جعفر وتفصيل
الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منهما اول واخر ومد الاول من الاول كفر لشكه في كبريائه وغير مفسد للصلوة
وفيه نظر لان الهمزة يجوز ان تكون للتقرير فلا يكون شاكا لا كفر ولا فسادا ومد الاخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف اولى ومد الاول
من الاخر عمدا كفر الاول من الاول ومد الاخر منه اختلف فيه قال بعضهم يفسد الصلوة وقال بعضهم لا يفسد ويجزم الراء من
التكبير لما روي عن ابرهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم ويعتمد بيديه على
ركبتيه ظاهر وقوله لا في حالة السجود يعني انه يضم فيها ليقع روس الاصابع مواجهة القبلة وقوله وفيما وراء ذلك اي فيما وراء الركوع
والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد يترك على العادة اي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره
روت عائشة رضها انه كان يعتدل بحيث لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر وقوله ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوي
راسه بعجزه ولانه مامور بالاعتدال وذلك بتساويهما وقوله لا يصوب راسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي لا يرفعه وان فسر قول محمد
وذلك ادناه بقوله ادنى كمال الجمع جمعا بين لفظ المبسوطين فان شمس الائمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به
ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر الا على قول ابي مطيع يعني تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه
يريد به ادنى من حيث جمع العدد فان اقل جمع العدد ثلثة والمص جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع فان قيل المشهور في ثلثة ادنى الجمع
فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يتصور في الاثنين لانه فيه جمع واحد مع واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلثة لان
فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير الى غير مذكور واجيب بانه سبق
ذكره دلالة بذكر الثلث فان زاد على الثلث فهو افضل لكن على وجه لا يمل القوم ان كان اماما لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان
نقص جاز ويكره فيما يروى عن محمد قال ابو مطيع فسدت صلوته لانه ركن مشروع فوجب ان يخله ذكر مفروض كما في القيام
والجواب انه يلزم الزيادة على قوله تع اركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز ثم يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده اي قبل
الله حمد من حمده فان السماع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل والهاء في حمده قيل للسكتة وهو المنقول عن الثقات
وقيل انه كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر الروايات وروي ربنا ولك الحمد وروي اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي
حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة ان النبي عم كان يجمع بين الذكرين وكان غالب احواله الامامة وقوله ولانه اي الامام
حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد ووجه الاستدلال ما قال هذه قسمة
وانها تنافي الشركة فان قيل هذا الحديث يعارضه ما روي عن ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد اجيب
بانه قال في الاسرار انه غريب او مال الرجحان لحديث القسمة لانه مرفوع الى النبي برواية ابي موسى الاشعري وفيه نظر
لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسكنا به في اخفا التامين فيما تقدم وقوله ولهذا اي ولان القسمة تنافي الشركة
لا ياتي المؤتم بالتسميع خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة وقوله والذي
رواه يعني ابا هريرة انه عم كان يجمع بين الذكرين وهو محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين في الاصح وقوله في
الاصح احتراز عن القولين الاخرين المذكورين بعده احدهما الاكتفا بالتسميع والاخر الاكتفا بالتحميد وجه الاكتفا بالتسميع
وهو رواية النوادر ان الامام ياتي بالتسميع والمنفرد امام نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفا بالتحميد وهو المذكور
في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يفضي الى وقوع الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الاعتدال ذكر مسنون كما في

القعود بين السجدتين قال يعقوب سالت ابا حنيفة رح عن الرجل يرفع راسه من الركوع في الفريضة ايقول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك
الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ما قال فخر الاسلام ان الحديث صحيح انه صلعم كان يجمع بينهما
وحملناه على حالة الانفراد لان المنفرد ياتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام في حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث يجب عليه ان يجيب وقوله والامام بالدلالة عليه اي به
معنى جواب عن قولهما ولانه حرض غيره الى اخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد • اذا استوى المصلي من ركوعه
كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكر قبل هذا من قوله عم كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا واعلم ان تعديل
الاركان وهو الاستواء قائما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود اي القرار فيهما ليس بفرض عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يفترض ذلك مقدار الطمانينة بمقدار تسبيحة وهو قول الشافعي وفائدة الخلاف تظهر في جواز الصلوة بدونه فعندهما يجوز وعند ابي يوسف
لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره استدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله عم حين راه نقر نقر الديك
قم فصل فانك لم تصل نفي كونه صلوة بترك التعديل فكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها ولهما قوله تع اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت
النخلة اذا مالت والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا يجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وهو معروف في
اصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل المقصود
هو اداء الركن وقوله وفي اخر ما روي جواب عن حديث الاعرابي وتقريره ان النبي عم سمى ما صنعه الاعرابي صلوة حيث قال وما نقصت
من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلوة كما لو ترك الركوع والسجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال به
عبثا وكان تركه عم الى الفراغ منه حراما فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب او سنة
اما الطمانينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة عندهما واما الطمانينة في الركوع والسجود ففي تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجبة
حتى يجب سجدتا السهو بتركها عنده ووجه الجرجاني ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال الركن وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمانينة في الانتقال ووجه
الكرخي ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن مقصود بنفسه وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم
ثم بين في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولا ما كان اقرب الى الارض عند السجود وان يرفع اولا ما كان اقرب الى السماء فيضع اولا ركبتيه
ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع انفه ثم جبهته ويرفع اولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه وقوله واعتمد بيديه على الارض ظاهر ومعنى ادعم على راحتيه
اي اتكا وهو افتعال من دعمت الشيء اي جعلت له دعامة وقوله وسجد على انفه وجبهته تقديم الانف على الجبهة باعتبار ان الانف اقرب الى
الارض فيضعه اولا لا محالة وقوله وان اقتصر على احدهما يعني ان الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة جاز باتفاق علمائنا خلافا للشافعي وان كان
الانف جاز عند ابي حنيفة ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها
الجبهة اي على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة فان قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا الحديث وانه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته
بالاجماع وهذه الاربعة من تلك السبعة اجيب بان الاستدلال بهذا الحديث انما هو على ان محل السجدة هذه الاعضاء لا على ان وضعها لازم لا محالة
والانف غير هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجدة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة
عظمان ناتيان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر واذا تعذر وضع الكل كان المامور به وضع البعض الا ان الخد والذقن خرجا بالاجماع
اذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة تصلح محلا للسجود فكذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون محلا للفرض او لا لا سبيل
الى الثاني لان الفرض ينتقل اليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لما انتقل كالذقن بل انتقل الفرض الى الايماء كما لو كان بهما عذر فتعين الاول
ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في المشهور فيكون الانف والجبهة داخلين على السواء ولو اكتفى بالجبهة جاز
فكذا لو اكتفى بالانف ووضع اليدين والركبتين سنة عندهما لتحقق السجود بدونهما لان الساجد اسم لمن وضع الوجه على الارض وقد روي
انه عم قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي الكمال دون الجواز وقوله وعندنا افتراض
قول زفر وهو قول الشافعي واختيار الفقيه ابو الليث انه واجب لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعضاء والجواب ما تقدم ان هذا الحديث
يدل على محل السجدة لا على ان وضع الجميع لازم واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فرض في السجود فاذا سجد ورفع اصابع رجليه عن الارض

الارض لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع احديهما جاز قال قاضي خان ويكره وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء
في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في مبسوطه وهو الحق وقوله وان سجد على كور عمامته ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور كور والضبع
بالسكون لا غير العضد ويجافي بطنه اي يباعد والبهمة ولد الشاة بعد السخلة فان اول ما تضعه سخلة ثم يصير بهمة وقوله واذا سجد احدكم
بالواو معطوف على اذا ركع احدكم لانهما في حديث واحد وقوله ثم يرفع راسه ويكبر الرفع فريضة لما ان السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع
الراس ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة وقوله لما روينا اشارة الى قوله لان النبي عم كان يكبر عند كل خفض ورفع وقوله وتكلموا اي المشائخ
في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زايل جبهته عن الارض ثم اعادها جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع راسه بقدر
ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب من الاول وقال محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظر انه رفع راسه
ليسجد اخرى فان فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة وفي القدوري انه يكتفي بادنى ما ينطلق عليه اسم الرفع بان رفع
جبهته كان موتيا لهذا الركن قال المص والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز
لانه يعد جالسا فيتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي عن ابي حنيفة ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشائخنا في
كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب اكثرهم على انه توقيفي واتباع الشرع من غير ان يعقل له معنى وقد تعبدنا الشرع بما
لا يعقل له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فانه امر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد ترغيما
واليه اشار عم في سجود السهو فقال هما ترغيمتان للشيطان وقيل في السجدة الاولى يشير الى انه خلق من الارض وفي الثانية يشير
الى انه يعاد اليها قال الله تع منها خلقناكم وفيها نعيدكم وقوله وقد ذكرناه قيل اراد به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب
لذلك ان يقول ما روينا ولعله اشارة الى ما روينا وقوله ولا يقعد اي لا يجلس جلسة خفيفة ولا يعتمد بيديه على الارض بل على ركبتيه
وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض له ما روي في حديث مالك بن الحويرث ان النبي عم كان اذا رفع
راسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث ابي هريرة رضه ان النبي عم كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول
على فعله عم على حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر واسن على ما روي انه عم كان يقول لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت
وما رويناه محمول على حال القدرة فنوفق بين الاخبار من هذا الوجه او نترك الاخبار كلها للتعارض ونعمل بالقياس وهو قوله لان
الكتاب ولان هذه قعدة استراحة لانه لا ياتي بها للفصل فان الفصل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين او بين الشفعين ولا حاجة
الى واحد منهما والصلوة ما وضعت لها قال ويفعل في الركعة الثانية مثل ما يفعل في الركعة الاولى • يفعل المصلي في الركعة الثانية
مثل ما يفعل في الركعة الاولى لانه اي الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر هو تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة الاول الا انه
لا يستفتح قبل ان لا يقول سبحانك اللهم الخ ويسمى هذا دعاء الاستفتاح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة لان رواة صلوة النبي صلعم
ما رووه الا مرة واحدة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وقال الشافعي يرفعهما عند الركوع وعند رفع الراس منه لما روي في حديث
ابن عمر وغيره ان النبي عم فعل ذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس ان النبي عم قال لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن في افتتاح الصلوة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع
وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين اراد بهما الاولى والوسطى دون العقبة والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء
اي انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير روي عنه انه راى رجلا يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلوة عند الركوع وعند رفع
الراس منه فلما فرغ من صلوته قال له لا تفعل فان هذا شيء فعله رسول الله ثم تركه وفي المبسوط حكاية روي ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة
في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر انه
كان يرفع يديه عندهما فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود ان النبي عم كان يرفع يديه عند تكبيرة
الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعي عجبا من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم فرجح
حديثه بعلو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري وابراهيم كان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت بان علقمة

افقه منه وابا عبد الله فعبد الله فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب فان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد والكلام في هذا الموضع
كثير وهذا المختصر لا يحتمله خلا ان المعتمد على رواة ورواة اخبارنا البدريون من اصحاب رسول الله عم الذين كانوا يلون النبي عم في
الصلوة ورواته ابن عمر ووابل بن حجر كانوا يقومون بعد منه عم والاخذ بقول الاقرب اولى وروي عن ابن عباس انه قال ان العشرة
الذين شهد لهم النبي عم بالجنة لم يكونوا يرفعون ايديهم الا عند افتتاح الصلوة وقوله واذا رفع راسه من السجدة الثانية ظاهر وقوله
وبسط اصابعه وتشهد وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة اولا لم يذكره في المشايخ من يقول بانه لا يشير لان في الاشارة زيادة
رفع لا يحتاج اليها فالترك اولى لان مبنى الصلوة على السكينة والوقار ومنهم من يقول يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا
في كتاب المشيخة حدثنا عن رسول الله عم انه كان يفعل ذلك اي يشير ثم قال يصنع بصنيع رسول الله عم وناخذ بفعله وهذا قول ابي
حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعه الخنصر والتي تليها ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف
وهو قوله ولان فيه توجيه اصابعه الى القبلة يشير الى انه لا يحلق شيئا من الاصابع والتشهد التحيات لله الخ اعلم
ان لعمر رضع تشهدا ولعلي رضع تشهدا ولعبد الله بن عباس تشهدا ولعبد الله بن مسعود تشهدا ولعائشة تشهدا
ولجابر تشهدا ولغيرهم ايضا تشهدا وعلماؤنا اخذوا بتشهد ابن مسعود وللشافعي ابن عباس وهو ما ذكره في الكتاب
التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله
الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله قال والاخذ بما رواه ابن عباس اولى لوجوه اربعة احدها
ان فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني انه يوافق القرآن على ما قال الله تع تحية من عند الله مباركة
طيبة والثالث انه ذكر السلام بغير الالف واللام واكثر تسليمات القرآن مذكور بغير الف ولام قال الله تع سلام عليكم طبتم قالوا
سلاما قال سلام وسلام عليه يوم ولد واشرف الكلام ما وافق القرآن والرابع انه متاخر عن خبر ابن مسعود لان ابن عباس كان
صغير السن فكان ينقل ما تاخر ما تاخر من الشرع واصحابنا رحمهم الله قالوا الاخذ بتشهد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات
والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان
محمدا عبده ورسوله اولى بوجوه عشرة ذكر بعضها في الكتاب فانه قال اخذ بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل
التحيات لله الخ فقوله قل امر واقل مرتبة الاستحباب وقوله السلام عليك بالالف واللام يفيد الاستغراق وقوله والصلوات
بالواو يفيد تجديد الكلام كما في القسم وقوله اخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تاكيد وتوثيق فذلك اربعة اوجه وقد ذكر وجوه اخرى منها ان قول التحيات
عام يتناول كل قربة الصلوة وغيرها واذا قال الصلوات بغير واو صار تخصيصا وبيانا انه اراد به الصلوات لا غير وحتى قال بالواو
يبقى الاول عاما فيكون المعنى في الثنا فكان اولى ومنها تقديم اسم الله تع فانه اذا قدم علم الممدوح في ابتدا الكلام وحتى اخر كان محتملا
وازالة الاحتمال باول الكلام اولى ومنها انه علق به تمام الصلوة فدل ان التمام لا يوجد بدونه ومنها ان تشهد ابن مسعود احسنها
اسنادا ولهذا قالوا ائمة الحديث ومنها ان عامة الصحابة اخذوا بتشهده فانه روي ان ابا بكر رضع علم الناس على منبر رسول
التشهد مثل ما قاله ابن مسعود وكذا روي سلمان الفارسي وابن جابر ومعاويه رضعم ومنها اشتمال تشهده على لفظ العبد الذي يدل
على ما يدل من كمال الحال قال الله تع سبحان الذي اسرى بعبده ذكره بلفظ العبد في موضع الذي هو بيان اعلى مراتبه عم ومنها
حسن ضبطه فان ابا حنيفة قال اخذ حماد بيدي وقال حماد اخذ ابراهيم بيدي وقال ابراهيم اخذ علقمة بيدي وقال علقمة اخذ ابن مسعود
بيدي وقال ابن مسعود اخذ رسول الله عم بيدي وعلمني التشهد والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة ان الزيادة لو كانت مرجحة كان
تشهد جابر اولى لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي خبرنا زيادة الواوات والالف واللام وقوله عبده فكان اولى وعن قوله
يوافق القرآن انه ليس بمرجح لان قراءة القرآن في القعدة مكروهة على ان السلام في القرآن جاء بالالف واللام ايضا قال الله تع والسلام
على يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله اخبر ابن عباس متاخر انه ليس كذلك روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال
كنا نقول في اول الاسلام التحيات الطاهرات المباركات فدل ان خبره متاخر عما رواه ابن عباس وقوله لان ابن عباس يروي

روي آخر السنن ليس بشيء لان احدا لم يرجح رواية اصاغر الصحابة على اكابرهم ولان ابن مسعود ان لازمت بحجة فقد دامت
صحبته الى ان قبض رسول الله عم وقيل في تفسير التحيات التحيات اي العبادات القولية لله والصلوات اي العبادات البدنية
لله والطيبات اي العبادات المالية لله السلام عليك حكاية السلام الذي رده الله تع على نبيه عم ليلة المعراج لما اثنى على الله
بثلثة اشيا رد الله عليه في مقابلتها ثلثة اشيا السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة
هي النما والزيادة وقوله ولا يزيد على هذا اي على مقدار التشهد وقال الشافعي رح في الجديد يسن الصلوة على النبي في القعدة الاولى
لحديث ام سلمة رضها في كل ركعتين فتشهد وسلم على المرسلين ولنا قول ابن مسعود رضع علمني رسول الله التشهد في وسط
الصلوة واخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول
على التطوع فان كل شفع من التطوع صلوة على حدة او مراده سلام التشهد ويقرا في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب
ويقرا في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رضع وهو ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى ابي قتادة ان
النبي عم كان يقرا في الظهر في الاوليين بام الكتاب وسورتين وفي الاخريين بام الكتاب وهذا بيان للافضل قوله هو الصحيح
احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان القراءة في الاخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام في الاخريين مقصود
فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما في الركوع والسجود وجه الصحيح ما ذكره ان القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك من بعد
ان شاء الله تع وقوله ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى قيل اما قيل في الاخيرة ليتناول قعدة الفجر وقعدة المسافر وليس
بواضح لان قوله كما جلس في الاولى ينبو عن ذلك وقوله لما روينا من حديث وابل بن حجر يريد به قوله روي ذلك في حديث وابل
وقوله وعائشة اي حديث عائشة وهو قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله عم وقوله ولانها اي الجلسة على تلك
الصفة اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك قال مالك المسنون في القعدة ان يقعد متوركا بان يخرج رجليه من جانب
ويفضي بأليته الى الارض في القعدتين جميعا وما كان اشق فهو افضل والذي يرويه مالك ان النبي عم قعد متوركا ضعفه الطحاوي قال
هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولئن صح كان محمولا على الكبر وقوله وتشهد معطوف على قوله جلس
وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلعم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما اي في قراءة التشهد والصلوة على النبي عم
فانهما فرضان عنده اما التشهد فلما روى ابن مسعود كنا نقول قبل ان يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال النبي عم
قولوا التحيات لله الى ان قال في آخره اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك اطلق اسم الفرض على التشهد وقال له قل والامر
للوجوب وعلق التمام به فلا يتم بدونه واما الصلوة على النبي عم فلقوله تع صلوا عليه والامر للوجوب ولا وجوب خارج الصلوة
فكان فيها ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود رضع فانه علق التمام باحد الامرين واجمعنا على ان التمام تعلق بالقعدة
فانه لو تركها لم يجز فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير بين الشيئين الاتيان باحدهما وكذلك على عدم فرضية الصلوة عليه لانه علق باحدهما
فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلوة فقد خالف النص والجواب عن استدلاله بالحديث ان معنى الفرض التقدير اي قبل ان يقدر
التشهد والامر صدر على سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية فانه لم يعدها في بعض الكلمات لان الفرض عندهم خمس كلمات وقد اجاب عن قوله
علق التمام به آنفا وعن الآية انا لا نسلم انه لا وجوب خارج الصلوة فانها واجبة فيه امارة واحدة كما ذكره الكرخي او كلما ذكر النبي كما
اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب الذي يقتضيه الامر قد حصل فانه لا يدل الآية على كونها في الصلوة البتة وهو مختار
صاحب التحفة وهو قول الكرخي مختار شمس الائمة وكيفية الصلوة على النبي عم ان يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابرهيم
انك حميد مجيد وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابرهيم وعلى آل ابرهيم انك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن عن محمد بن الحسن عن النبي
عم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر رضعم انهم قالوا يا رسول الله عرفنا السلام عليك فكيف الصلوة عليك
فقال عم قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على
ابرهيم وعلى آل ابرهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان يقول نحن امرنا بتعظيم الانبياء وتوقيرهم

وفي قوله وارحم محمدا نوع طعن بالتقصير واليه ذهب شيخ الاسلام فيترك ذلك وقال شمس الائمة السرخسي انه لا باس به لان الاثر ورد به من طريق
ابي هريرة ولا عتب على من اتبع الاثر ولان احدا لا يستغني عن رحمة الله وقوله والموضع المروي اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن السؤال
ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية الماثورة • هذا معطوف على قوله وصلى على النبي عم وما يشبه الفاظ القرآن مثل ان
يقول اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله اغفر لي ولوالدي والادعية الماثورة يجوز بالنصب عطفا على الفاظ ويجوز بالجر عطفا على القرآن والماثورة هي
المروية عن رسول الله عم منها ما روي عن ابي بكر رضه انه قال لرسول الله عم علمني يا رسول الله دعاء ادعو به في صلوتي فقال قل اللهم اني
ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم وكان ابن مسعود رضه يدعو
بهن اللهم اني اسالك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم وقوله لما روينا من حديث
ابن مسعود يريد به قوله واذا كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء وقوله وقال له النبي عم يعني حين قال له اذا قلت هذا الخ قال له ثم اختر
من الدعاء اعجبه واطيبه اليك بتذكير الضمير هو الموافق لما ورد في السنن وفي بعض نسخ اعجبها واطيبها قالوا وليس بشيء ولين صح بالتانيث
فعلى تاويل الدعوات بجعل الاستغراق في الدعاء لكون اللام وقيل على تاويل الكلمات وقوله ليكون اقرب الى الاجابة فذلك لانه
يستحب الدعاء للنبي عم ولا يحسن من الكريم ان يستجيب بعض الدعاء دون بعض آخر فيستجيب الجميع ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن
فساد الجزء الملاقي لكلام الناس لا جميع الصلوة بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا تفسد الصلوة فكيف ما يشبهه هذا عندهما
ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان كلام الناس صنع من المصلي فيتم به صلوته فكان بالدعاء الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن
الصلوة لا مفسد الهاتم فسر ما يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن الصلوة لا مفسد الهاتم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال ما يحل
سواله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل ان يقول بين هذا التفسير و
بين ما تقدم من قوله مما يشبه الفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر لي لاخي ينبغي ان لا يجوز نظرا الى الاول وقد نقل عن ابي بكر رضه محمد
بن الفضل وان يجوز نظرا الى الثاني ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس المراد ان يكون الفاظ الدعاء عين الفاظ القرآن
فلا يمتنع اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سواله من الناس واختلف في قوله اللهم ارزقني فمنهم من يقول لا باس به لان الرازق هو الله
ليس الا ومنهم من يقول يفسد به الصلوة واختاره المصنف وفي بعض النسخ هو الصحيح لاستعمالها فيما بين الناس يقال رزق الامير
الجيش وقوله ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك التسليم على هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر
وعلي وابن مسعود رضهم وروى ابن مسعود ان النبي عم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض
خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة اولى مما قال به مالك انه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي
رضهما ان النبي عم فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يرونه عم وعائشة كانت في صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحتمل
انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي انه عم كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء
والحفظة وهذا موضع الجامع الصغير وفي وضع الاصل قدمنا الحفظة وليس في ذلك دلالة على ان بني آدم افضل من الملائكة ولا عكسه لان
الواو لمطلق الجمع وانما ينوي عند التسليم لانه اقامة سنة فليكن بالنية كما في سائر السنن وبهذا قالوا في التسليم خارج الصلوة ينوي
السنة وكذا في الثانية ان ينوي فيها ما نوى في الاولى وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد ابيتم اشتراط النية في الوضوء بهذا الحديث
فكيف استدل به ههنا فالجواب انا ابينا اشتراطها فيه لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وههنا ما جعلنا ها شرطا وانما
استدللنا بظاهر لفظه على سنية ما لا يخالف كتابا ولا سنة حتى يستلزم الزيادة قال صدر الاسلام هذا شيء تركه الناس لانه قلما ينوي
احد شيئا ولا ينوي النساء في زماننا يعني ان ما قال محمد من نية النساء كان في زمنه واما في زماننا فلا ينوي النساء لان حضورهن
الجماعات متروك باجماع المتاخرين ولا من لا شركة له في صلوته من المومنين الغيب وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الحاكم الشهيد
انه ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
ووجه الصحيح ان سلام التحليل خطاب والخطاب حظ الحاضرين بخلاف سلام التشهد لانه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين

الصالحين من عباده على ما قال عم اذا قال المصلي السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من اهل السماء والارض
ولا بد للمقتدي من نية امامه • قيل تخصيص الامام بالذكر يويد قول من يقول ينوي من يشاركه في الصلوة دون غيره وقوله فان
كان الامام في الجانب الايمن ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان الامام ينوي في التسليمة الاولى لا غير وعما قيل الامام يجب
ان لا ينوي لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية وقوله ولا ينوي في الملائكة يشير الى ان المراد بالحفظة ليس كرام الكاتبين
فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به ذلك وهم اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيآت بل المراد بها من معه من
معه من الملائكة ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لان الاخبار في عددهم قد اختلفت روى ابن عباس رضهما انه قال مع كل مومن خمس من
الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيآت وآخر امامه يلقنه الخيرات وآخر وراءه يدفع عنه المكاره
وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي عم يبلغه الى رسول الله عم وفي بعض الاخبار مع كل مومن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون
واذا كان كذلك فينويهم بدون حصر في عدد فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام يومن بكلهم ولا يحصرهم في عدد لئلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل
فيهم من ليس منهم وقوله هو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم وجه التمسك بان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود
فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحلل في الصلوة بالسلام فمن اثبت بغيره فقد خالف النص ولنا ما روينا من حديث
ابن مسعود رضه ان النبي عم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت
ان تقعد فاقعد ووجه التمسك انه عم حكم بتمام الصلوة قبل السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضية امر آخر ووجوبه
الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد ومثله لا يثبت الفرضية فصل في القراءة لما فرغ من بيان صفة
الصلوة وكيفيتها وبيان اركانها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها
دون سائر الاركان وابتدا بذكر الجهر والاخفاء دون ذكر القدر وان كان العكس متعينا لان القدر بمعنى راجع الى الصفات والذات
قبل الصفة لان الجهر من صفات الاداء الكامل والقدر بعينه والقاصر ايضا فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالاداء الكامل الذي هو الاصل
في شرعية الصلوة اولى ثم المصلي ان كان اماما يجهر في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ويخفي في الاخريين هذا هو الماثور
المتوارث اي المنقول عن النبي عم والصحابة والتابعين رضهم ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب بالسنة وهو ما روي عن ابي
رضه انه قال في كل صلوة يقرا فما اسمعنا رسول الله اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم واجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول
الله عم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت وبالمعنى المنتهى فانها ركن من اركان الصلوة فيجب اظهارها في الصلوات
كلها كسائر الاركان ولهذا كان رسول الله صلعم يجهر بالقراءة في الصلوة كلها الا ان الكفار لما لغوا عند القراءة وغلطوه في الظهر والعصر
ترك الجهر فيهما بهذا العذر وان زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف واما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا
متفرقين ونياما فجهر رسول الله بالقراءة في هذه الصلوات على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في
حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس معه من يسمعه فلما تجاذب موجب الجهر والاخفاء ثبت التخيير وانما ذكر قوله واسمع نفسه دفعا
لما يقال فائدة الجهر الاسماع ولا اسماع ههنا اذ ليس معه احد يسمعه ووجهه ان الفائدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من فائدته
اسماع نفسه فيجهر لذلك وبيانا للحكم وهو ان لا يجهر ههنا كل الجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل ياتي بادنى الجهر فكان معناه ان شاء
جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر افضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفي الامام القراءة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله
عليه صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة انما قيده بهذا احترازا عن قول ابن عباس وتفسيره فانه يقول لا قراءة في هاتين
الصلوتين بقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب بن الارت رضه بم
عرفتم قراءة رسول الله عم في صلوة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وما روي عن ابي قتادة كان رسول الله يسمعنا الاية والايتين
في الظهر احيانا وقال مالك يجهر الامام فيهما في عرفة لان الصلوة هناك تقام بجمع عظيم فيجهر فيهما كما في الجمعة والحجة عليه ما رويناه واورد عليه
بانه ليس بحديث وانما هو من كلام الحسن البصري ذكره في المغربين والعائق لم تخرجه ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه

الجمعة والعيدين فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة وجوابه بان اصحابنا رحمهم الله ملؤا كتبهم به ونقلوا ان ابن عباس رضي الله عنه كان يغير بعد القراءة كما تقدم وليسوا من اهل الاهواء والبدع ولو لا ثبت عندهم اسناده لما فعلوا ذلك وعن الثاني بان الجمعة والعيدين ليست بمخصوصتين لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بالقراءة فكان نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذلك في الاعياد وبه عرف حكم الجمعة والعيدين والنقل المستفيض اي الشائع المنتشر ما روى ابو حنيفة في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام كان يقرأ في الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتيك حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى تسمع قراءته وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالنوافل في حق المنفرد وهذا يدل على ان الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان في تهجده يونس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ولا يظن انه عم كان يفعل الا الافضل وليس في بعض النسخ قوله ومن فاتته العشاء الى قوله ومن قرأ في العشاء والصواب ذكرها لانها من اصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير هذه المسئلة مثل هذا الكتاب والمصنف رحمه الله التزم ذكر مسائل الجامع الصغير وقوله وان كان وحده خافت حتما هو الصحيح مخالف لما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي في شروحهم للجامع الصغير فانهم قالوا الجهر افضل لان القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء المنفرد يتخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في القضاء واما تعليل المصنف فتقريره ان الجهر اما ان يكون واجبا او جائزا وسبب الاول الجماعة والفرض بينا عدمها وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه فتعين الاخفاء ومنع بان السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون موافقة القضاء الاداء سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالاجماع وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضاء للاداء فليس على سببيتها اجماع ولا نص يدل عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابتداء وهو نزع الى الشركة في وضع المشروع وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح دراية لا رواية فان اكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا انفا ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح كما مر ذكره وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان كل واحدة منهما واجبة ولهذا لو ترك احدهما ساهيا وجب عليه سجدة السهو قضاها في الشفع الثاني اذ لم يقض والواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ماله مشروعا فالصرف الى ما عليه والسورة في الاخريين غير مشروعة ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة اذ التقدير انه قرأ السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الاول فيكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف الموضوع ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه ترتب الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراءة الفاتحة على وجه قراءة القران ولقائل ان يقول الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني يجعلها كالواقعة في الشفع الاول فلتقدر انها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فيكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس والجواب ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول لضرورة تدارك الفائت ان امكن وليس بممكن لاستلزامه تغيير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت به تغيير المحسوس بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع وهو ترتب السورة على الفاتحة والجواب من قول ابي يوسف انا لا نسلم ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قرأ فيهما لا يلزمه سجود السهو وقوله ثم ذكر ههنا اي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال قرأ فيكون بمنزلة الامر بل آكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين احب الي ان يقضيها اما وجه ما ذكر في الجامع الصغير فقد بيناه واما وجه ما ذكر في الاصل قال في الكتاب لانها اي السورة ان كانت مؤخرة عن الفاتحة فغير موصولة بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ولم يذكر الشق الاخر وهو ان يكون مقدمة على الفاتحة بعده لانه يفضي الى غير مشروع اخر وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم وقوله ويجهر بهما هو الصحيح احتراز عما روى

روى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مؤد فيراعي صفة ادائها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان يجهر في الاداء ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديرا لان القضاء يلتحق بمحل الاداء كما روى هشام عن محمد انه لا يجهر اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكر ان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع فاما ان يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب وهو السورة لاجل مراعاة صفة النفل وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو اولى ❁ ثم المخافتة ان يسمع نفسه ۰ اعلم ان اجزاء الكلمات المستعملة على اللسان نوعين كلام وقراءة لان الغرض منه اما ان يكون افادة النسبة للمخاطب اولا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراءة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلف علماؤنا رحمهم الله في الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني الى ان المخافتة هو ان يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة وهو دندنة ليس بكلام ولا قراءة والجهر هو ان يسمع غيره فهو كما ترى جعل كل واحد منهما نوعين من الكيفيات المسموعة وقال لان مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا يسمى قراءة يعني لا لغة ولا عرفا وفيه نظر فان من رأى المصلي الاطروش من بعيد يحرك شفتيه يخبر عنه انه يقرأ وان لم يسمع منه شيء وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف وقال لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ فان الاطروش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه بان الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لانه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة الا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان قوله وفي لفظ الكتاب قيل يعني في مختصر القدوري وهو ما ذكره في اول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه وان شاء خافت قيل في المبسوط حيث قال وان كان وحده وكان صلوة يجهر فيها بالقراءة في نفسه ان شاء وان شاء جهر واسمع نفسه وشيخ الاسلام اول هذا الكلام نصرة لابي جعفر رحمه الله بانه اراد بقوله ويقرأ في نفسه ان يسمع نفسه لا غيره وبقوله وان شاء جهر واسمع نفسه ان يسمع نفسه وغيره فصار كانه قال المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار ان شاء اسمع نفسه لا غيره وان شاء اسمع نفسه واسمع غيره وهذا كما ترى تأويل بعيد غير محتمل اذ ليس في كلام محمد ما يحتمله وقوله وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق يعني اذا قال انت طالق او انت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا جهر بها وخافت بالاستثناء والشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم يتعلق الاستثناء اصلا وتأخر الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة ❁ وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة ۰ القراءة في الصلوة اما ان يكون في الحضر او في السفر فان كانت في الحضر فهي على ثلثة اقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم يخرج به عن حد الكراهة وقسم يدخل به في حد الاستحباب وان كانت في السفر فاما ان يكون المصلي في عجلة من السير او امنة وقرار والحكم ما ذكر ههنا ان في العجلة تأثيرا في التخفيف وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة سواء كانت في الحضر او في السفر عند ابي حنيفة رح اية واحدة وان كانت كلمتان فصاعدا فبلا خلاف من المشايخ وان كانت كلمة واحدة كمدهامتان او حرفا واحدا كص ففيه اختلاف المشايخ وقالا ثلث ايات قصار او اية طويلة كاية الكرسي واية المداينة لان الرجل لا يسمى قارئا بدونه اي بدون المذكور من ثلث ايات او اية طويلة فاشبه قراءة ما دون الاية وقراءة ما دون الاية غير مجزئة فكذلك قراءة الاية وحقيقة كلامهما ان الاية الواحدة وان كانت قرانا حقيقة الا انه في العرف ينطلق على ثلث ايات او اية طويلة فيصار اليه ولابي حنيفة قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران من غير فصل بين اية وما فوقها وهذا لان الاية الواحدة قران حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانها تحرم قراءتها على الحائض والجنب فيدخل في اطلاق قوله من القران قوله الا ان ما دون الاية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القران مطلقه من غير فصل لجاز بما دون الاية كما جاز بالاية لان الاطلاق يتناول قليلها وكثيرها ولكن لم يجز بما دون الاية فكذلك بالاية ووجهه ان ما دون الاية لم يدخل في الاطلاق بالاجماع لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القراءة ما هو قران حقيقة وحكما وما دون الاية وان كان قرانا حقيقة لكنه ليس بقران حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق اليه وعلى هذا التقرير يكون قوله خارج بمعنى لم يدخل لانه ابرز الكلام مبرز الاطلاق والتقييد لا العموم والخصوص ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز ولان التخصيص عندنا

ليس بطريق ان المخصوص لم يدخل تحت الجملة كما عرف في الاصول وله زيادة تقرير قررناها وقوله والآية ليست في معناه اي في معنى ما دون الآية يستغنى عنه الا انه ذكره لدفع من عسى ان يتوهم ان ما دون الآية اذا لم يدخل تحت الاطلاق فيلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست في معناه فيلحق به قوله وفي السفر انما قدم الكلام في السفر مع انه من العوارض وهو اليق بالتاخير اما لانه مظنة قلة القراءة فكان انسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما لان تشعب بحث الحضر كثيرة فاراد ان يفرغ من بحث السفر ليدخل في بحث الحضر على فراغ وكلامه في السفر ظاهر والامنة بفتح الميم هو الامن ولما كان السفر مظنة التخفيف ادير الحكم عليه وخفف في القراءة وان كان المسافر في حال الامن الا يرى انه اثر في اسقاط شطر الصلوة وان كان على امنة وقرار فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى فان قيل هذا التعليل مخالف لما ذكر في طرف ابي حنيفة في مسئلة الارواث في باب الانجاس حيث استدل ههنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وابى ذلك هناك اجيب بالفرق بين الموضعين بان العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لان كل شيء ظهر تاثيره في الاصل كان ظهور تاثيره في الوصف اولى لكونه تابعا للاصل بخلاف الارواث فان الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة وكفت مؤنتها بها فلا تعمل ثانيا ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين اربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ويروى من ستين الى مائة وبكل ذلك وردت الآثار وقال مورق العجلي تلقفت سورة ق واقتربت من في رسول الله لكثرة قراءته لهما في صلوة الفجر وق خمس واربعون آية واقتربت خمس وخمسون او وخمسون آية وروى عن ابن عباس رضعما ان النبي عم قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل اتى على الانسان والاولى ثلثون والثانية احدى وثلثون فلما اختلفت مقادير قراءة رسول الله عم اختلفت رواية محمد فيها وفي لفظ الكتاب اشارة الى ان هذه المقادير انها كانت انما يكون في الركعتين لا في ركعة واحدة حتى يكون على رواية الاربعين في كل ركعة عشرون وقوله ووجه التوفيق يعني بين الروايات وهو ظاهر وقوله في الظهر مثل ذلك اي مثل ما قرأ في الفجر لاستوائهما في سعة الوقت وروى ان النبي عم كان يقرأ في الظهر الم السجدة وقال ابو سعيد الخدري سجد رسول الله عم في الظهر فظننا انه قرأ الم تنزيل السجدة وقدرونا انه كان يقرأ في صلوة الفجر الم تنزيل السجدة وفي الثانية هل اتى على الانسان فدل انه قرأ في الظهر ما قرأ في ركعتي الفجر وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا من الملال وروى ابو سعيد الخدري انه كان يقرأ في الظهر قدر ثلثين آية وهو نحو سورة الملك وقوله والعصر والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه الاستحباب يقرأ فيهما باوساط المفصل لما روى جابر بن سمرة ان النبي عم كان يقرأ في الركعتين الاوليين من العصر والسماء ذات البروج والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه ان قومه شكوا الى رسول الله عم تطويل قراءته في العشاء فقال له النبي عم افتان يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحيها وفي المغرب بقصار المفصل لما روى انه عم قرأ في صلوة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الآخر وقيل طواله من الحجرات الى عبس واوساطه من كورت الى والضحى والقصار منه الى آخر المصحف وقوله ويطيل الركعة الاولى من الفجر جرى التوارث من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا وفيه اعانة للناس على ادراك الجماعة ولا يطيل في غيرها عندهما وقال محمد رح احب الي ان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى ابو قتادة ان النبي عم كان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما ان ركعتي الصلوة مطلقا استويا في استحقاق القراءة لكونهما ركنا في الجميع وكل ما كان كذلك يستويان في المقدار الا لعارض غير اختياري لان سبب الحدوث متحد وسبب التفاوت غير موجود وقلنا بعارض غير اختياري ليخرج صلوة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها ولئلا يرد ما يقال في جانب محمد ان معنى تفضيل الركعة الاولى على الثانية موجود في سائر الصلوات الا ان الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال الناس بالكسب لان غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر في التطويل بالآيات ان كانت متساوية او متقاربة من حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار زيادة احديهما على الاخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولى والثلث في الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي ان يقرأ في الاولى ثلثين آية وفي الثانية بقدر عشر آيات او عشرين آية وهذا بيان الاولوية

الاولوية واما بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا بان قرأ في الاولى باربعين وفي الثانية بثلث آيات واما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لان النبي عم قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول آية ولما قال في الكتاب من قوله لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرائض واما في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة احدى الركعتين على الاخرى مكروهة وقيل ليست بمكروهة لان امر النوافل اسهل الا يرى انها جازت قاعدا مع القدرة على القيام قال وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها هذه المسئلة والتي بعدها متحدتان اي انهما في افادة الحكم واحد وليس كذلك بل هما متغايران وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري والثانية من مسائل الجامع الصغير وقد التزم الاتيان بهما اذا اختلف الروايتان واما البيان فلان معنى الاولى ليس في شيء من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلوة بغيرها وهو احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلوات وقال لا تجوز الصلوة بغيرها من السور وقلنا انه باطل لاطلاق ما تلونا من قوله تع فاقرؤا ما تيسر من القرآن لا يقال فعلى هذا يلزم التكرار من وجه لما تقدم ان قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم كان من لفظ الهداية وههنا ذكر على انه من لفظ القدوري ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القرآن مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة على انه لا يجوز غيرها وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يستحب ذلك لما روى ابن مسعود ان النبي عم كان يقرأهما في صلوة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تع وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا اشكى الرسول عم قومه قريشا الى ربه باتخاذهم القرآن مهجورا وهو يوجب الحرمة لولا رؤية الجواز بغيرها فمنعها يكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما رويناه من حديث ابن مسعود لان ذلك معارض بما روى جابر بن سمرة ان النبي عم كان يقرأ في الفجر ق والقرآن وبما روى انه عم اقام بتبوك اربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه عم ما واظب على ذلك وفي استحباب المواظبة مخالفة له عم وحمل الصلوة على غير المستحب ولا كراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك احيانا تاسيا بفعله عم قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي عم ولا يقرأ المؤتم خلف الامام سواء كان في الصلوة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراءتها في صلوة السر وفي الركعات التي لا جهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب على هذا القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدث به ابو حنيفة في مسنده عن موسى بن عائشة عن عبد الله بن شداد وعن جابر بن عبد الله لا يقال هذا الحديث معارض بقوله عم لا صلوة الا بقراءة فيسلم له استدلاله بالقياس سالما لانا نقول بالموجب اي سلمنا ان لا صلوة الا بقراءة ولكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له او لا وحديثهم لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره وقوله وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على ما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد به اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس لان هذا المقدار ليس اكثر الصحابة وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي عم ينهون عن القراءة خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضعم ويجوز ان يكون رجوع المخالف ثابتا فتم الاجماع ويجوز ان يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد احد عليهم عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا وقوله وهو ركن مشترك جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره سلمنا انها ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي منها الاستماع والانصات لقوله تع واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لما روى عن ابن عباس رضعما ان اصحاب رسول الله عم قرؤا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت لما روى ابو هريرة

انه عم قال انما جعل الامام اماما ليوتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرا فانصتوا الحديث وقوله ويستحسن قراة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما
يروى عن محمد لما روى عن حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه من الوعيد وهو ما روى انه عم قال من قرا خلف الامام ففي فيه
جمرة وقال فقد اخطا السنة وقيل المراد به ما روى عن سعد بن ابي وقاص انه قال من قرا خلف الامام فسدت صلوته وما روى ان
عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرا خلف الامام حجرا او غير ذلك فلا منافاة في ذلك فجاز ان يكون الكل مرادا وقوله
ويستمع وينصت وان قرا الامام اية الترغيب اي الى الجنة والترهيب اي من النار وقوله المذكور في الكتاب ظاهر وهل يسال
ويتعوذ الامام او المنفرد او لا لم يذكره ههنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي عم ولا عن الائمة
بعده ولانه يودي الى تطويل الصلوة على القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي عم ولا عن الائمة
بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة قال صليت مع رسول الله عم صلوة الليل فما مر باية فيها ذكر الجنة الا
وقف وسال الله الجنة وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمع
القوم وينصتوا لما روى ابو هريرة ان النبي عم قال من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلوة له وكذلك
النبي عم يستمعون وينصتون سال ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي عم قال احب الي
ان ينصتوا ويستمعوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحتشم من ان يقول لا يذكرون ولا يصلون على
النبي وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلوة على النبي ليس بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك
الفرض لاقامة ما ليس بفرض وقوله الا ان يقرا الخطيب استثنا من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرا الخطيب قوله تع يا ايها
الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله تع انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون
وحكى امر الله بذلك وقد اشتغل هو بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلوة تحقيقا لما طلب منهم وقد روى هذا عن
ابي يوسف رح وهذا اذا كان قريبا من المنبر واما اذا كان نائيا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في ان قراة القران
اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره المص لان المامور
به عند قراة القران شيئان الاستماع والانصات فاذا تهيا له العمل باحدهما عمل امتثالا للامر بحسب الامكان وقال بعضهم قراة
القران اولى وهو اختيار الفضلي لان الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع للتدبر وحيث فات ذلك يقرا القران احرازا
لثوابه

باب الامامة

لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر
والمخافتة ومن تقدير القراة بما هو سنة قراة الامام وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات اتبعه ذكر صفة شرعية
الامام بانها على اي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يتلوها من خواص الامامة فقال الجماعة سنة موكدة اي قوية
تشبه الواجب في القوة حتى استدل بمعاهدتها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي يسميها الفقهاء سنة
الهدى اي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك قوله عم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد
بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا كانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير
الفريضة وكان اخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصائص الدين فانها لم تكن مشروعة في دين من الاديان
والاصح لقول من يجعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كاكثر
اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون باية ما ورد كقوله تع واركعوا مع الراكعين او بخبر واحد وذلك لا يفيد
الفرضية وقوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراة ما تجوز به الصلوة وعن ابي يوسف
ان اولاهم بها اقرؤهم لكتاب الله تع اي اعلمهم بالقراة وكيفيتها اداء ووجوها وقوتها لان القراة ركن في الصلوة لا بد منها والحاجة
بالعلم انما يكون اذا نابت نائبة اي اذا عرض عارض مفسد ليمكنه اصلاح صلوته وقد لا يعرض ونحن نقول القراة مفتقر اليها لركن واحد
والعلم يحتاج اليه لسائر الاركان والخطا المفسد للصلوة لا يعرف الا بالعلم والمصلح لها كذلك فان تساووا يعني في العلم بالسنة فاقرؤهم

فاقرؤهم لقوله عم يوم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال ظاهر واعترض من وجهين
احدهما ان قوله عم يوم القوم يعني الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد
ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرا او ما وقع في الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية
دون الجواز والثاني ان الاستدلال به على خلاف المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرا لكتاب الله تع
واجيب عن الاول بانه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل
بها سلمناه ولكنه للاستحباب بالاجماع وعن الثاني بان اقرؤهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر
انه حفظ سورة البقرة في ثنتي عشرة سنة فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا لا يقال هذا يفضي الى التكرار اذ يؤول معنى الحديث
الى يوم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد اقرؤهم اي اعلمهم باحكام كتاب الله دون السنة وقوله اعلمهم
بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله والسنة لانه قال فان تساووا استووا في العلم باحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم ان
قوله اعلمهم بالسنة وهو اعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول وقوله فان تساووا فاورعهم ليس في لفظ
الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح
لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو
الاجتناب عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر ولم يذكر ان تساووا في السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسنهم ثم
اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم قراة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء
برسول الله عليهم فانه كان هو الامام في حيوته لسبقه سائر البشر في هذه الاوصاف ثم امتهم الافضل فالافضل قال ويكره تقديم
العبد العبد لا يتفرغ لتعلم احكام الصلوة فيكره الصلوة خلفه وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا استويا في القراة والعلم
والورع لقوله عم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يودي الى تقليل الجماعة لان الناس
يستنكفون عن متابعته وما يودي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة ويكره تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق
لانه لا يهتم بامر دينه وقال مالك لا تجوز الصلوة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور وتلك
عبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وقد كان افسق اهل زمانه والاعمى لما ذكر في الكتاب
وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه وان تقدموا وصلوا اجازت الصلوة لقوله عم صلوا خلف كل بر وفاجر ووجه
الاستدلال ان كل واحد من هؤلاء المذكورين اما ان يكون برا او فاجرا فيجوز الصلوة خلفه على كل حال ولا يطول الامام بهم اي بالقوم
الصلوة لقوله عم من ام قوما الحديث وحديث معاذ بن جبل شكى قومه تطويل قراته معروف وصح انه عم قرا بالمعوذتين في صلوة
الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت قال عم سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان يفتتن وذلك اوضح دليل على ان الامام ينبغي له ان
يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلو عن ارتكاب محرم اي مكروه لان امامهن اما ان يتقدم على
القوم او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام مقامه وهو مكروه والجماعة سنة اولى من
ارتكاب مكروه وصار حالهن كحال العراة في انهم اذا ارادوا الصلوة بجماعة ووقف الامام ووقف الامام وسطهم كيلا يقع بصرهم على
عورته فانه مكروه يترك السنة لاجله وفي ان الافضل لكل من النساء والعراة ان يصلي وحده خلا ان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا
بايما دون النسا وقوله فان فعلن اي صلين بجماعة قامت الامام وسطهن بما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل تعارض
ههنا جهتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت جانب الكشف على جانب ترك المقام اجيب
بان الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام سنة والفرض مرجح لا محالة وقوله وحمل فعلها الجماعة على ابتدا الاسلام
جواب عما يقال اذا كانت امامتهن مكروهة فكيف فعلت عائشة رضي الله عنها ووجهه انها فعلت ذلك في ابتدا الاسلام وكانت
جائزة سنة تقف الامام وسطهن نسخت سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام او

توسطت لا باستجماع شرائط الجواز ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا بحث من اوجه الاول
ان النبي عم اقام بمكة ثلث عشر سنة ثم تزوج عائشة رضها بالمدينة فكيف يصح قوله حل فعلها الجماعة على ابتدا الاسلام الثاني ان
المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب يستلزم انتفاء صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب
فيهما كوجوده فيه وهو واضح للمزاولين في علم آخر وقد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا انتسخت السنة نسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح
الثالث ان امامتهن في صلوة الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود الرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير صحيح
لبقاء الحكم بدونه فان المراة لو لبست ثوبا حشوا من قرنها الى قدمها وامت للنساء خاصة ولا رجل ثمه فانه لا كشف هناك اصلا فضلا عن
الزيادة وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول انه يجوز ان يكون المراد بابتدا الاسلام ما قبل زمان الانتساخ
فانه ابتدا بالنسبة الى ما بعده وعن الثاني بان الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال بفعلها
لبيان انها كانت سنة ونسخت وانما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه وانتفاء موانعه مع ما يوجب
كراهته من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان تركهن الجماعة انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فتركت السنة لاجل الكراهة وفي صلوة الجنازة
اجتمع الفرض مع الكراهة فقد ابتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه او اقامته مع ارتكابه واقامته مع ارتكابه اولى وانما قلنا
ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامام وسطهن اقمن فرضا لكون الصلوة فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى
تركنا المكروه لكن على وجه يودي الى فوات الصلوة عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات
فيكون الصلوة من الباقيات نفلا والنفل لصلوة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر لا حكم له على ان ترك التقديم ثابت
بالسنة والتعليل لايضاحها ﴿قال﴾ ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه اذا صلى الامام مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضه
وهو ما قال بت عند خالتي ميمونة لاراقب صلوة النبي عم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر
سورة آل عمران ان في خلق السموات والارض واختلاف الليل والنهار لآيات الى آخرها ثم قام الى شن معلق فتوضأ وافتتح فقمت
وتوضأت ووقفت على يساره فاخذني باذني وادارني خلفه حتى اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام وقمت خلفه فاخذ باذني
واقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك قلت انت
رسول الله لا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال عم اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل فاعادة رسول الله عم الى الجانب الايمن
دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد واعترض بان الجماعة في صلوة النفل بدعة وصلوة الليل كانت نافلة واجيب
بان التهجد كان فرضا على النبي عم فكان اقتدا متنفل بمفترض ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد انه يضع اصابعه
عند عقب الامام ولا معتبر بطول المقتدي بحيث يقع سجوده قبل الامام بل العبرة للموقف قوله لانه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث
ابن عباس ولم يفصل بينما اذا وقف خلف الامام او عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا
اذا كان خلف الامام لان ابن عباس فعل ذلك وقد دعا له النبي عم كما ذكرنا انفا بخلاف ما اذا قام عن يساره فان حذيفة فعل ذلك
ورد عليه النبي عم وقوله ونقل ذلك عن ابن مسعود رضه روي ان ابن مسعود صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما ولنا
انه عم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما عن انس بن مالك ان جدته مليكة دعت رسول الله عم لطعام صنعته فاكل منه ثم قال
قوموا فاصلي بكم قال انس فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث فنضحته بما فقام عليه رسول الله عم فصففت انا واليتيم
وراءه والعجوز من ورائنا فصلى بنا رسول الله عم ركعتين ثم انصرف فهذا اي تقدم النبي عم دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة
ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم ابي يوسف حملا لفعل النبي عم على الافضلية وقال ابراهيم النخعي
وما روي عن ابن مسعود كان لضيق فاذا لا يكون ثبتا وقيل اليتيم اخو انس لابيه اسمه عمير وفي كتب الحديث ضميرة واليتيم علم
غالب له كالنجم للثريا ووجه الاستدلال بقوله من حيث اخرهن الله ما قال ابو زيد في الاسرار حيث عبارة عن المكان
ولا مكان يجب تاخيرهن فيه الا مكان الصلوة وقيل يجوز ان يكون للتعليل يعني كما اخرهن الله في الشهادة والارث

والارث والسلطنة وساير الولايات وقوله واما الصبي فلانه متنفل واصح لانه غير مكلف وقوله فلا يجوز اقتدا المفترض به يجري باياه وقوله
السنن المطلقة يعني به السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلوة العيد على احدى الروايتين والوتر عندهما وصلوة الكسوف
والخسوف عندهما وقوله جوزه مشايخ بلخ لانهم قاسوا هذه المسئلة بمسئلة المظنون بعلة ان النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل
البالغ اذا كان غير مضمون وهي في المسئلة المظنون لانهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر بخارى وسمرقند
ومنهم اي من المشايخ من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف لم يجوزه اقتدا البالغ بالصبي
في النفل المطلق ومحمد جوزه والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث
لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع وقوله بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتدا البالغ بالصبي
على الاقتدا بالظان فاسد لان المظنون مجتهد فيه لان عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل صحة طرفيه على البدل فالمظنون يحتمل
وجوب القضاء بالنظر الى اجتهاد زفر والمانع عن القول بوجوبه مطلقا انما هو العارض وهو ظن الامام وهو عارض غير ممتد بعد ان لم
يكن مجاز اعتبار عدمه وح يكون المظنون واجب القضاء مطلقا وكان اقتدا ضامن بضامن بخلاف الصبي فان عدم القضاء عليه بالاجماع
لا يحتمل كونه مضمونا والصبا ايضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتدا ضامن بغير ضامن وهو بناء القوي على الضعيف وبخلاف اقتدا
الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة لعدم الضمان على واحد منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف ﴿قال﴾ ويصف الرجال ثم الصبيان
هذا بيان ترتيب القيام خلف الامام وليليني امر من الولي وهو القرب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله
فيما يراه النائم من دلالة البلوغ والمراد ليليني البالغون منكم والنهى جمع نهية وهي العقل فان قيل هذا الحديث يدل على تقديم
الرجال على الصبيان واما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه اجيب بان الصبيان تابعة للرجال لاحتمال رجوليتهم ويجوز ان
يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي عم فانه اقام العجوز وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب قوله ولان المحاذاة دليل معقول
وتمهيد لذكر مسئلة المحاذاة وقوله وان حاذته امراة اعلم ان المحاذاة المفسدة هي ان تحاذي قدم المراة عضوا من الرجل في
الصلوة وشرائطها ان يكون المراة مشتهاة حالا او ماضيا منوية امامتها وان تكون الصلوة مطلقة مشتركة تحريمة واداء وان لا يكون
بينهما حائل وذكر المراة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة واختلف في
حد الشهوة فقدر بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاصح ان لا معتبر بالسن فان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة
والا فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي تنفر منها الرجال لانها كانت مشتهاة وشرطية امامتها لان اقتداها لا يصح بدون نيتها
فلا تفسد صلوة الرجل ووصف الصلوة بكونها مطلقة احترازا عن صلوة الجنازة فان المحاذاة لا تفسدها لانها ليست بصلوة على الحقيقة
وانما هي دعاء للميت وانما لا يصح اقتدا الرجل بالمراة فيها لشبهها بالصلوة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم وشرط
الاشتراك وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتدا المتطوع بالمتطوع وان يكون الاشتراك تحريمة واداء حتى لا يكون المحاذاة في اداء ما سبقا
مفسدة لان المسبوق في اداء ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين اداء بخلاف اللاحق لانه يؤدي تبع
الامام تقديرا فان قيل اذا اقتدت ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضا وانما يصح نفلا فقد وجد الشروط ولم تفسد
اجيب بالمنع وشرط عدم الحائل لانه اذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرجل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شروطها لا تفسد
لما قال انها عرفت مفسدة بالنص وهو ما روى انس ان جدته مليكة صنعت طعاما الى آخر ما روينا بخلاف القياس فيراعي جميع ما ورد
واما اذا وجدت هذه الشروط كلها فانها تفسد عندنا خلافا للشافعي وهو القياس اعتبارا بصلوتها فانها لا تفسد ووجه ظاهر لان
المحاذاة لما لم توجب فساد صلوة المراة لم توجب فساد صلوة الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان
وهو الذي اليه ذهب علماؤنا ان هذا ترك فرض المقام فسدت صلوته اما انه ترك فرض المقام فلان تاخير المراة فرض على الرجل في
صلوة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود ان رسول الله عم قال اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجال بالتاخير ولا مكان
يجب تاخيرهن في غير الصلوة فتعين التاخير فيها فان قيل هذا خبر واحد لا يثبت به الفرضية اجيب بانه من المشاهير واليه

اشار المص بقوله وانه من المشاهير ولان تاخيرها في الصلوة المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا اجمعنا على عدم جواز اقتدا الرجل بالمراة مع اتحاد
فرضهما وسوا ان يكون لنقصان حالها في ذلك كالصبي او لعدم صلاحيتها كالامي او لفوات شرط من شروط الصلوة كالعاري او لفوات
ترتيب المقام كما في امامة المتاخر بالاستقرا العدم مجاوزة انتفا جواز الاقتدا بها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة الاقتدا
مطلقا لجواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع نقصان احوالهم بل انما يمنع اذا لزم من ذلك محظور كامامة الصبي فانها تستلزم بنا القوي
على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز امامتها للنسا متقدمة ومتوسطة ولا لانتفا شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا باعتبار
ترك فرض المقام الثابت بقوله عم اخروهن الحديث فلما اجمعنا بها لانعدام التاخير ثبت الفساد في المتنازع فيه ايضا لانعدام التاخير واما
من ترك فرض المقام فسدت صلوته فكالمقتدي اذا تقدم على امامه وقوله وهو المخاطب به جواب عن وجه القياس وتقريره لا يلزم من عدم فساد
صلوتها عدم فساد صلوته لانه هو المخاطب اي بقوله اخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فيفسد صلوته دون صلوتها كالماموم
اذا تقدم على الامام واعترض بانه اذا كان مامورا بالتاخير كانت مامورة بالتاخر ضرورة واجيب بالمنع فانه يمكن تاخير الرجل بان يتقدم
عليها خطوة او خطوتين ولا تاخرها سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا يساوي القصدي وقوله وان لم ينو امامتها بيان لتاثير النية وقوله
لم تضره اي لم تضر المحاذاة المصلي وقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عندنا خلافا لزفر فان عنده نية امامتها ليست بشرط
لفساد صلوة الرجل بعد ما دخلت في صلوته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنسا ثم اقتدا الرجل به صحيح بلا نية امامته فكذلك اقتدا المراة
وقوله الا ترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره الامام يلزمه الترتيب في المقام بالنص وكل من يلزمه شي لم
يلزمه شي على التزامه كالاقتدا فان لزوم فساد صلوة المقتدي لما كان من جانب الامام وجعلنا لم يصح الاقتدا الا بالتزام والالتزام انما يكون بالنية
فكان الاقتدا لا يصح بدون النية ليكون الضرر اللازم من جانب الامام ضررا مرضيا كذا لا يصح الامامة للنسا بدون النية ليكون الضرر اللازم
للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل هذا موقوف على ثبوت اشتراط الاشتراك وثبوته
ممنوع لان النص لم يفصل بين ان يكون المحاذاة في صلوة مشتركة او غيرها والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة باقتدا القاري بالامي فان صلوة
الامي تفسد بسبب اقتدا القاري به ومع ذلك لا يشترط للامي نية امامة القاري والجواب عن الاول انه تشكيك في المسلمات فان
كل من يقول بفساد المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك يثبت بدخولها في صلوته نوى امامتها
او لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك دونها كما ذكرنا انفا والتشكيك في المسلمات غير مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام والمقام
وترتيب انما يتصور في صلوة اديت بجماعة لان للامام تقدما على الماموم بالرتبة والصلوة بالجماعة يستلزم الاشتراك وعن الثاني
بانه على الكرخي ممنوع فانه لا يصح عنده بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتدا كالذي في اقتدا المحاذية فان
صلوة الامام انما تفسد بسببه وصورة النقض ليست كذلك لان القاري لو صلى وحده والامي وحده والمكن للامي الاقتدا فسدت
ايضا صلوته فلم يكن الفساد بسبب اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية وقوله وانما يشترط نية الامام اذا ائتمت محاذية
اي اذا اقتدت بالامام محاذية لاشتراط نية الامام لفساد الصلوة واما اذا وقفت خلفه فاما ان يكون بجنبها رجل او لا فان كان
فالصواب ان اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النية ممن بجنبها على
الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امامه فيتوقف ما يلزمه على التزام امامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان في رواية لا يصح
اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاة فيحتاج الى الالتزام وفي رواية يصح وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق وهو
ان الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذية لازم اي واقع وفي الثاني وهو ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل محتمل ان تمشي فتحاذي
ولكن الظاهر عدم ذلك فلم يشترط نية الامام هذا في صلوة يشتركان واما في صلوة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه ومحاذاتها اياه لا تورث
الكراهة وقوله ويكره لهن حضور الجماعات كانت النسا يباح لهن الخروج الى الصلوات ثم لما صار سببا للوقوع في الفتنة
منعن عن ذلك جا في التفسير ان قوله تع ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستاخرين نزلت في شان النسوة حيث كان المنافقون
يتاخرون للاطلاع على عوراتهن ولقد نهى عمر رض النسا عن الخروج الى المساجد فشكون الى عائشة رضها فقالت لو علم النبي عم ما علم

قول

عم ما اذن لكن في الخروج فاحتج به علماؤنا ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقا واما العجائز فروي جمع عجوز والعامة تقول عجوزة فمنعهن
ابو حنيفة عن الخروج في الظهر والعصر دون الفجر والمغرب والعشا واجازا في الصلوات كلها لانتفا الفتنة بقلة الرغبة في العجائز كما اجرهن
ذلك في العيد بالاتفاق واما للصلوة كما روى الحسن عن ابي حنيفة انهن يخرجن للصلوة يقمن في اخر الصفوف فيصلين مع الرجال لانهن
من اهل الجماعة تبعا للرجال او لتكثير السواد كما روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان خروجهن لتكثير السواد يقمن في ناحية
ولا يصلين لانه صح انه عم امر الحيض بذلك وليست من اهل الصلوة وله ان فرط الشبق حامل على الوقاع فيقع الفتنة
والغرظ تسكون الراء المجاوزة الحد والشبق نعتحين شدة شهوة الضراب غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر
والعشا فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون جعل المص الجمعة من قبيل صلوة الظهر وهو المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن
الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلوة العيدين حتى يباح لهن الخروج والمغرب جعله المص من قبيل العشا وهو المذكور فيهما
فيهما وجعله شيخ الاسلام من الظهر وقوله والجبانة متسعة جواب عن قياسهما على صلوة العيد والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في
الصلوات كلها لظهور الفساد فصل ولا يصلي الطاهر الاصل في جنس هذه المسائل قوله عم الامام ضامن بمعنى تضمن صلوته
صلوة المقتدي لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان في الذمة فان صلوة المقتدي ليست في ذمة الامام فيكون معناه صلوة الامام
تتضمن صلوة المقتدي اذا كان اقوى حالا من الامام فوق صلوته والشي انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز
اقتدا الطاهر بمن هو في معنى المستحاضة ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقا
ولا الطاهرات خلف المستحاضة لنقصان حال هولا عن حال المقتدي ولا المكتسي بالعاري ولا الامي بالاخرس لقوة حالهما اذ المراد
بقوة الحال الاشتمال على ما لم يشتمل عليه صلوة الامام مما يتوقف الصلوة عليه والامي يقدر على الافتتاح دون الاخرس واختلفوا
في جواز اقتدا المتوضي بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف ومنعه محمد قال لانه طهارة ضرورية والطهارة بالما اصلية
ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما انه طهارة مطلقة اي غير موقتة
بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة فكان المتيمم كالمتوضي واعلم ان التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا
لانه في الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الما ومطلقة باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويثبت به ما يثبت بالطهارة
بالما من استباحة الصلوة وسجدة التلاوة ومس المصحف وانما الشان في التعليل بكل منهما فيما يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة
وابو يوسف رجحان جهة الاطلاق في حق الصلوة لان الشارع اعطاه حكم الطهارة المطلقة واتفح بنفي الحرج بقوله تع ما يريد الله
ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل وتوقيت وفي نفي جواز الاقتدا المخالفة للاطلاقة وودا الى نوع من الحرج واختار
جهة الضرورة في حق انقطاع الرجعة اذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لم ينقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير ان
تصلي لان الشرع لم يذكر كونه طهارة في باب الرجعة فكان المقصود من طهارتها ادا الصلوة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم
يكن طهارة بالنسبة الى غيره واما محمد فقد عمل في كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط في باب الصلوة القول بعدم جواز اقتدا
المتوضي بالمتيمم لانه لما لم يجز له ذلك لا بد له ان يقتدي بالمتوضي او يصلي منفردا حتى يكون صلوته بالوضو فيخرج عن عهدة الصلوة على
الوجه الاكمل وفي باب الرجعة القول بالانقطاع لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له ان يراجعها ولا يحل له وطيها وانقطاع الرجعة مما يوجد
فيه بالاحتياط احتياطا الا يرى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا واذا تصور التيمم على هذا الوجه
اندفع ما يترااى اي ان كل واحد من العلما ترك اصله وناقض كلامه ويؤم الماسح الغاسلين لانه غسل قدمه فلبس الخف والخف
منع سراية الحدث الى القدم وهو باق على كونه غاسلا فان قيل لا نم انه باق على كونه غاسلا لان الخف قام مقام بشرة القدم
والحدث قد حله اجاب بقوله وما حل بالخف يزيله المسح فكان المسح على الخف كغسل الرجل وقوله ويصلي القائم خلف
القاعد ظاهر وقوله انه عم صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام وهو ما روي انه عم لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال
مروا ابا بكر يصلي بالناس فقالت عائشة لحفصة رضها قولي له ان ابا بكر رجل اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو امرت

بجزه فقالت ذلك كرتين فقال عم انتن صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس فلما افتتح ابو بكر رض الصلوة وجد رسول الله في نفسه
خفة فخرج يهادى بين علي والعباس ورجلاه تخطان الارض خطا حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر رض حسه فتأخر وتقدم النبي عم
وجلس يصلي بصلوته والناس يصلون بصلوة ابي بكر يعني ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله عم فيكبر والناس يكبرون بتكبير ابي بكر
وهذا اخر صلوته عم فكان ناسخا لما قبله فان قيل هذا الحديث مضطرب فان بعض الروايات تدل على ان الامام كان ابا بكر وبعضها
على انه كان النبي عم فكيف يصح الاستدلال اجيب بان الامام الخطابي في شرح الصحيح رجح هذه الرواية التي اخذ بها ابو حنيفة وابو يوسف
وهي رواية عبيد الله بن عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس فانه قال دخلت على عبد الله بن عباس رضهما فقلت
اعرض عليك ما حدثتني عائشة عن مرض رسول الله عم قال هات فعرضت عليه حديثها فما انكر منه شيئا وقوله ويصلي المومي خلف
مثله ظاهر وقوله لان القعود معتبر فيثبت به القعود دليله ان صلوة التطوع مستلقيا بالايماء مع القدرة على القعود لا يجوز ولا يصلي
الذي يركع ويسجد خلف المومي قال زفر يصح امامة المومي لمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتادي بالبدل كا
لمتادي بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يوم المتوضئين ولنا ان حال المقتدي اقوى بناء على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتداء لا يسلم
ان الايماء بدل عن الركوع لانه بعضه وبعض الشيء لا يكون بدلا عنه فلما كان بعض الاصل لو جاز الاقتداء لكان مقتديا في بعض الصلوة دون
البعض وذلك لا يجوز قوله ولا يصلي المفترض خلف المتنفل هذه اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين
اما الاول فلا يجوز لان الاقتداء بناء وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لآخر في افعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه
وبناء الامر الوجودي على المعدوم غير متحقق ووصف الفريضة معدوم في حق الامام فيما نحن فيه واما الثالث فكذلك لان الاقتداء شركة
يعني في التحريمة وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحادهما تحريمة وفعلا ويجوز ان يكون معناه شركة في التحريمة على
قول ابي حنيفة وموافقة فيها على قولهما وفيه نظر لان الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين
الدليل الاول والثاني تناف والجواب ان الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة والبناء بالنسبة الى الافعال فلا منافاة بينهما
والشافعي جوز الاقتداء في الصورتين جميعا قال لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي بذاته الا انه يوافق
الامام بالاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء واستدل بها ايضا الشافعي
على جوازه وذلك ظاهر الفساد والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة تبعية وفي دليله موافقة في تطبيق افعاله الصادرة منه
على الزمان الذي طابقه افعال الامام ليس الا وهذا غير ذلك لا محالة وقوله وعندنا معنى التضمن مراعى اشارة الى قوله عم الامام ضامن
على ما تقدم من معناه وكون الشيء لا يتضمن ما فوقه فان قيل قد صح ان معاذا كان يصلي العشاء مع النبي عم ثم يرجع فيصليها بقومه
في بني سلمة فكان صلوته لهم فرضا وصلوته نفلا اجيب بان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان يكون ينوي مع النبي عم نفلا ويصلي
مع قومه الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه اي في حق المتنفل الى اصل الصلوة وهو موجود
في حق الامام فيتحقق البناء وهذا بناء على ان مطلق الارض في صحة النفل والفرض يشتمل عليه فيصح الاقتداء بخلاف العكس والحاصل
ان الشركة لابد منها في صحة الاقتداء وامارتها جواز بناء احدهما على الآخر للمنفرد في التحليلين والمنفرد لا يصح له ان يبني فرضا على فرض آخر فلا
يقتدي بغيره كذلك وكذا لا يصح له ان يبني الفرض على النفل واما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان يكره فيصح الاقتداء بغيره
ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء لانه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتداء به اجماعا وقال
الشافعي لا يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم ان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمين ولنا ما روي ان رسول
الله عم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعادها وقال من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وعورض بما روي انس
بن مالك ان رسول الله عم دخل في صلوته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما حتى اتى رسول الله عم قد اغتسل
وراسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن صلوتهم منعقدة لم يكلفهم استدامة القيام فدل على ان عدم طهارة الامام لا يمنع انعقاد صلوة
المقتدي اذا لم يعلم بحال الامام واجيب بان الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك منعا لهم عن التفرق الا يرى

الا يرى ان محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر ان النبي عم اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلوتهم لم يامرهم بذلك على
انه يجوز ان يكون ذلك قبل تعلق صلوة القوم بصلوة الامام على ان ذلك حكاية لا تعارض القول وقوله ونحن نعتبر معنى التضمين معناه
ان النبي عم قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون المراد به انه ضامن لصلوة القوم وهو صحيح ثم انه اما ان يكون ضامنا لصلوتهم وجوبا او
اداء او صحة وفسادا والاولان غير مراد بالاجماع فتعين الاخر ان على معنى انه يتحمل السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد صلوة المقتدي بفساد
صلوة الامام وقوله واذا صلى امي بالامي منسوب الى الام اي هو كما ولدته امه والمراد به حيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان
العرب من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيئا ومن احسن قراءة آية من التنزيل خرج عن كونه اميا عند ابي حنيفة وثلث آيات او آية طويلة عندهما
فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكر في الكتاب ظاهر وقوله يكون قراءة له يعني لما روينا
من قوله من كان له امام فقراءة الامام قراءة له وقوله بخلاف تلك المسئلة يريد به ما استشهدا به من العاري اذا ام عراة ولابسين
وامثالها يريد به الاخرس اذا ام قوما قارئين وخرسا وصاحب الجرح والمومي اذا ام لمن هو مثل حالهما ولمن هو اعلى حالا منهما والمذكور
في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة والطريق الاخر ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لانه اوان التكبير والامي قادر عليه كالقاري فبصحة الاقتداء
الاقتداء صار الامي متحملا فرض القراءة عن القاري ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فيفسد صلوته وبفساد صلوته يفسد
صلوة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتداء من لا عذر به بصاحب العذر وقوله ولو كان يصلي الامي
فيه شائبة الجواب عما يقال لو كان النظر الى القدرة على جعل الصلوة بقراءة بالاقتداء بالقاري معتبرا لما جاز صلوة الامي وحده والقاري
وحده لاقتداره ان يجعل صلوته بقراءة بالاقتداء بالقاري ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل
قراءة الامام قراءة المقتدي اذا اقتدى بخلاف ما نحن فيه فان كلامنا في الاقتداء وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر ابو خازم ان قياس قول
ابي حنيفة ان لا تجوز صلوته وهو قول مالك وقوله قدم في الاخريين اميا اي احدث فاستخلف اميا فسدت صلوتهم قال زفر وهو
رواية عن ابي يوسف في غير رواية الاصول لا تفسد صلوته لان فرض القراءة قد تادى فكان استخلاف القاري والامي سواء ولنا
ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة بالدلائل الدالة على وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة
في الاوليين قراءة في الاخريين بالحديث وليس منهما بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم الاهلية والشيء انما يقدر
اذا امكن تحقيقه وقوله وكذا على هذا لو قدمه اي الامي في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلوته عند زفر وفسدت
عندنا واما اذا قدمه بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلوته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا تفسد عند الكل اما
عندهما فظاهر واما عنده فلوجود الخروج من الصلوة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم لان هذا من فعله وهو مناف فانقطعت
صلوته وانما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس قيل هذا هو الصحيح

باب الحدث في الصلوة

لما ذكر احكام السلامة عن العوارض في الصلوة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من العوارض ويمنعها من
المضي والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف على الفور لانه لو مكث ساعة صار جزء من الصلوة مؤديا مع الحدث
وادائها معه لا يجوز فيفسد ما ادى فيفسد الباقي ضرورة ان الصلوة الواحدة لا تتجزى صحة وفسادا فان كان اماما استخلف باخذ ثوبه
ويجره الى المحراب وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلوة لانها تستلزم الطهارة والحدث
ينافي الطهارة ومنافي اللازم مناف للملزوم والشيء لا يبقى مع المنافي ولان المشي والانحراف عن القبلة يفسدان الصلوة وكل ما يفسدها
لا يبقى معه كالحدث العمد فالصلوة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله ما شبه الحدث العمد يخدم في الدليلين ولنا قوله عم من قاء
او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقوله عم اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع
يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء ووجه الاستدلال انه قال وليبن على صلوته وادنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البناء جائزا وهو
المطلوب فان قيل الامر في قوله فليتوضأ للوجوب فيكون في ليبن كذلك ولم تقولوا به فالجواب ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم
وقد اجمع الخلفاء الراشدون وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك وسلمان الفارسي

رضهم على ما قلنا وبمثله من الاجماع يترك القياس اذا لم يكن ههنا كذلك نص فكيف اذا كان وانما ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان الاستخلاف
وقال من لم يسبق بيانا بالافضل لانه اقدر على اتمام الصلوة من المسبوق فتقليده يكون خيانة وقوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده
فلا يلحق به قيل هو جواب عن قياس الشافعي الحدث السابق بالحدث العمد وتقريره ان قياس الحدث السابق على الحدث
العمد فاسد لوجود الفارق لان السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز ان يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به
كذا في الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس ان يستقبل وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص فالاشتغال ببيان
فساده تناقض والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان قيل ان يقول السابق والعمد بما ذكر من الدليل فليلحق في العمد
الحاقا به فقال في السابق بلوى دون العمد والشي انما يلحق بغيره اذا كان في معناه والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الاختلاف
وهو ظاهر واعلم ان البنا المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث او
لسببه ولا من غيره اذا لم يات بعده بما ينافي الصلوة من توقف في موضع الصلوة وكلام وحدث او كشف عورة من غير ضرورة فلا يبني اذا
انصرف لغسل نجاسة في ثوبه او للوضوء من الاغماء ونحوه او للغسل للاحتلام او تعمد الحدث او عصر جراحة فسال منها نجس او رماه انسان
بحجر او سقط من السقف فادماه او مكث ساعة في موضع الصلوة بعد سبق الحدث كما او تكلم او بال او تغوط او كشف العورة عند الاستنجاء
والوضوء من غير ضرورة وقيل ان المنفرد يستقبل اي الافضل له ذلك والامام والمقتدي يبني كذلك والمنفرد ان شاء اتم في منزله الذي توضأ فيه
بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء عاد الى مكانه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده
ليكون جميع الصلوة مؤداة في مكان واحد واعترض بان في العود الى مكانه مشيا في الصلوة من غير حاجة اذ الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد
للصلوة واجيب بان المشي غير موجود حكما لان حرمة الصلوة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد ولهذا صح التنفل على الدابة وقوله
والمقتدي يعود الى مكانه يعني حتما حتى لو اتم بقية صلوته في موضع وضوئه لم يجزه لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتدا من طريق او نهر او حائط
ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يبني في منزله فان ادرك امامه في الصلوة فهو مخير بين ان يقضي ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء
بغير قراءة ثم يقضي آخر صلوته وبين ان يتابع الامام ثم يقضي ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلوة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شروح الطحاوي
ومن ظن انه احدث ٭ المصلي اذا انصرف عن مكان صلوته ثم هي على وجوه فاما ان يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلوة او على قصد
رفضها فان كان الاول فاما ان خرج من المسجد او لا فان خرج استقبل الصلوة وان لم يخرج اتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير
عذر كما اذا كان على قصد الاعراض على ما ياتي وهو اي الاستقبال فيهما رواية عن محمد قال في النهاية وخلاف محمد فيما اذا كان باب المسجد على
غير حائط القبلة ليتحقق الانصراف واما اذا كان يمشي في المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلوته بالاتفاق
وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته وقصد الاصلاح يلحق بحقيقة الاصلاح شرعا كما اذا
تترس الكفار بالاسارى المسلمين فانه يباح الرمي اليهم بشرط ان يكون قصده الرمي الى الكفار فيجعل كانهم رموا الى الكفار ثم لو تحقق ما توهمه
من الحدث ما فسدت صلوته بالانصراف لاصلاحها فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بان قصد الاصلاح لو الحق بحقيقته لما شرط عدم
الخروج عن المسجد فان حقيقته لم يشترط واجيب بان الحكم يثبت بقدر دليله وفي الحقيقة وجد القصد وقام العذر وليس في قصده قيام العذر فانحط
عن درجتها وان كان قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلوته وان لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا الحق
ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر فكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته الى قصد الاصلاح وقيام العذر وان كان الثاني
فسدت حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته الا ترى انه لو تحقق ما توهمه
استقبلها فهذا اي هذا الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلوته ما لم يخرج او لم يستخلف واذا كان على
قصد الاعراض والرفض فسدت هو الحرف اي الاصل في جنس هذه المسائل فمن انصرف على ظن انه لم يمسح او على ظن انه لم
يصل التي قبلها او على ظن ان مدة المسح قد انقضت ثم علم انه لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض وقوله ومكان الصفوف
لبيان انه اذا لم يكن في المسجد ما ذا يكون حكمه وهو واضح وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل الصلوة لانه يندر وجود هذه العوارض

في الصلوة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله عم من قاء او رعف في صلوته الحديث وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل القهقهة بمنزلة الكلام
في ان كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى فهم السامع وهو اي الكلام قاطع لانه عم قال ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه العوارض قبل ان
يقعد قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شي من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لا بد للخروج من فعل
المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد اجيب بانه لا يخلو الموصوف بها عن اضطراب او مكث وكيف ما كان فالصنع منه موجود اما في الاضطراب
فظاهر واما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلوة مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم ما هو من شروط البنا قبيل هذا باكثر مما ذكره
فليكن على ذكر منك قيل وانما قال او نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسنة
فجمع بينهما بيانا بان المراد ٭ وان حصر الامام عن القراءة كل من امتنع عن شي لم يقدر عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة نسيانا
جميع ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم قال في النهاية لا يتمها بدون القراءة كالامي اذا ام قوما اميين ونسب
بعض الشارحين الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله لانه اي الحصر عن
القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلوة فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحديث الذي يعم به البلوى ولابي حنيفة ان الاستخلاف في باب
الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز عنها الزم لان المحدث قد يجد في المسجد ما فيمكنه اتمام صلوته من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما
يحفظ لا يقدر على الاتمام الا بالتذكير والتعليم كذا ذكره قاضي خان وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القرآن الا انه لحقه خجل
او خوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا انسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف وقوله والعجز عن القراءة غير نادر جواب عن قولهما انه يندر وجوده
وقوله ولو قرا مقدار ما يجوز به الصلوة ظاهر وكذا قوله وان سبقه الحدث وقوله في هذه الحالة يعني بعد التشهد وقوله وقد مر من قبل يعني في
باب التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله وقوله وان راه بعد ما قعد بيان مسائل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة
وقوله بعمل يسير بان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج في النزع تمت صلوته
بالاتفاق وقوله وتعلم سورة قيل تذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل ينافي الصلوة فيتم صلوته بالاتفاق وقيل
سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع وقوله او تذكر عليه فائتة قبل هذه يعني اذا كان في الوقت سعة وقوله او احدث فاستخلف اميا
قيل هو اختيار المص واما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف وقوله او دخل وقت العصر في الجمعة
قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شي مثليه وعندهما اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن
بن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشي مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلوة عندهما وعنده باطلة وهذا يخالف
قول المص او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلوة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثليه فح يتحقق الخلاف وهو
بعيد كما يرى ولكن يمكن توجيهه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون ظل الشي مثله كما هو مذهبهما فانه ح يتحقق الخلاف واعلم
ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن بن زياد انما هي على ما نقل في مبسوط شيخ الائمة واما في مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية
اسد بن عمرو عن ابي حنيفة والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم وقوله كالمستحاضة ومن بمعناها
يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت صلوة اخرى فالصلوة الاولى جائزة عند ابي
حنيفة وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلوة وعندهما جائزة لانه كالانقطاع بعد تمام
الصلوة قيل قوله وقيل الاصل فيه هو قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان المختار عند المص غيره وهو قول الكرخي فان
فسادها بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي لان الفعل قد يوجد معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان يكون المعصية
فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض بالاتفاق وانما عنده ان هذه الاشياء مغيرة للصلوة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله
لما انه في حرمة الصلوة ولهذا اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة اتم والمعنى بالمغير ما يجب الصلوة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة
هي عليها قبله فان الصلوة يجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة
بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة وقيل المعنى به كون الصلوة جاز الاجتماع به وبضده فانه تصح بالتيمم

والمسح والايماء اضدادا وقوله لما ما رويناه من حديث ابن مسعود يريد به قوله عم اذا قلت هذا او فعلت الحديث علق عم التمام باحدهما
فمن علقه بالثالث فقد خالف النص وله ان اداء صلوة اخرى في وقتها واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه فكان الخروج منها وسيلة
الى الفرض بانقضاء قوله تع اقيموا الصلوة وما لا يتوسل الى اداء الفرض الا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي
واعترض بوجهين احدهما ان المراة لو حاذت رجلا في هذه الحالة تمت صلوته بالاتفاق والاصنع منه والثاني انه على ما قررتم
يكون فرضا لغيره كالسعي الى الجمعة فيجب ان يتم صلوته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج من الاولى كما لو دخل الجامع
يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة لا تتحقق الا من فاعلين فكان منه صنع ادناه اللبث في مكانه وعن
الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تع ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم تبق بهذا الخروج
صحيحة لانقلابها عما لم تبق صحيحة لان الخروج لم يكن بصنع المصلي فكان بقاؤها صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج
على بقائها صحيحة دار لانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة على ما سياتي ويلزم منه بقاؤها صحيحة
ولا معتبر بالتصنيفات وقوله ومعنى قوله عم جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود وهو مثل قوله عم من وقف بعرفة فقد تم حجه اي
قارب التمام سماه تماما بما يؤول اليه وقوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال استخلاف الامي صنع المصلي فكان الواجب ان
لا تفسد به عنده ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا انه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل انه لو
استخلف قاريا في خلال الصلوة لم يفسد والمعتبر من الصنع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلوة رافعا للتحريمة ورد بانا لا نسلم ان
الاستخلاف ليس بمفسد فان المص قال فيمن ظن انه احدث فاستخلف ان تفسد صلوته لانه عمل كثير والحق ما قاله فخر الاسلام ان صلوته
تامة في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلوة والثاني ان معناه ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد
ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامي للامامة والرد مردود لانه قال هناك عمل كثير من غير عذر وههنا فرض المسئلة فيما اذا كان بعذر
ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما اشرنا اليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول
المص وقيل الاصل فيه اشارة الى ان مختاره غير مردود لان ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوقع من مثله
ومن اقتدى بامام ○ اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه صح الاستخلاف لان صحته بالمشاركة في التحريمة وقد وجدت
والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها لعدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر اولى لا محالة وقوله وهو
الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلوة الجبان تامة لانه مدرك اول صلوته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد ووجه
الاصح انه قد بقي عليه البناء وضحك الامام فيما هو حقه في المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلوته فكذا اذا ضحك
الامام وقوله فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد انما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجدا قبله فسدت
صلوة الجميع بالاتفاق وتفسد صلوة المسبوق لان صلوة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلوة اللاحق روايتان وقوله
وله ان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في ازالة شرط الصلوة وهو الطهارة فيكون مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فتفسد
مثله من صلوة المقتدي لابتنائها عليها وقوله لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند الفراغ من الصلوة كالتسليم
والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما كذلك قال صلعم وتحليلها التسليم وقال الله تع فاذا قضيت الصلوة فانتشروا في الارض
وقوله والكلام في معناه يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم نية وصيغة لوجود كاف الخطاب وقوله وينتقض وضوء الامام يعني
عند العلماء الثلثة خلافا لزفر فان عنده ان كل قهقهة توجب اعادة الصلوة توجب الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه من
كل وجه ولهم انها وجدت في حرمة الصلوة لانه لو سهى في هذه الحالة وجب عليه سجود فيكون مفسدة للوضوء وقوله ولا يعتد
وفي بعض النسخ يعيد وهما متقاربان لان عدم الاعتداد يستلزم الاعادة لان اتمام الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق
لان المنتقل اليه جزء من الصلوة واداء جزء منها بعد سبق الحدث مفسد فلا بد من الاعادة والقياس ان ينتقض بالحدث جميع ما ادى لكن
تركناه بالاثر الوارد في البناء فبقي ابعاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس ولزم اعادة ما كان الحدث فيه بالقياس وقوله دام

دام المقتدي على ركوعه اي مكث راكعا قدر ركوعه لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة فيما يستدام كالانشاء فلا يحتاج الى انشاء الركوع اصلا قوله تع فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر ركوعه او سجوده ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجد التي ذكرها صلبية كانت
او تلاوة اعاد الركوع والسجود ليقع الافعال مرتبة بقدر الامكان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في افعال الصلوة ليست
بركن الا ترى ان المسبوق يبدء بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات فلو ترك
الاعادة جاز لان ذكر السجدة لا ينقض الركوع فصح الاعتداد به بخلاف سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة
وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده فرض فحيث انحط من الركوع ولم يرفع راسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة وطولب
بالفرق بين هذا وبين ما اذا عاد الى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد فانه يرتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ القرآن فعاد لقراءة
القرآن ارتفض الركوع واجيب بان القعدة انما ترتفض بالاتيان بالسجدة لان النبي عم علق تمام الصلوة بالقعدة في قوله اذا قلت
هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك فلو قلنا بجواز تاخير غيرها عنها كان تمام الصلوة بذلك الغير وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تاخير القيام
او الركوع عن السجود ولان القيام وسيلة الى الركوع والركوع وسيلة الى السجود حتى ان لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسائل
متقدمة على المقاصد والقراءة زينة القيام فكانت تابعة له ومن ام رجلا واحدا فاحدث فخرج من المسجد فالماموم امام نوى الامام ذلك او
لم ينو لما فيه اي في تعينه اماما صيانة صلوة المقتدي لانه لو لم يصر اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلوة المقتدي فان قيل
التعيين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين اجاب بقوله وتعين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم فكان التعيين موجودا حكما واذا تعين
لذلك كان كالمستخلف حقيقة فيتم صلوته مقتديا به ولو لم يكن خلفه الا صبي او امراة اختلف المشائخ فيه فقيل تفسد صلوة الامام فقط
لاستخلاف من لا يصلح للامامة حكما فانه لما تعين للامامة كان الامام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة فسدت صلوته وقيل
لا تفسد صلوته لان الاستخلاف انما يكون حقيقة او حكما ولا شيء منهما بموجود اما حقيقة فظاهر لان الفرض عدمه واما حكما فلانه يقتضي
صلاحيته للامامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلوتهما لانه لما تعين صار كانه استخلفه فتفسد صلوة الكل ومنهم
من يقول تفسد صلوة المقتدي خاصة وهو الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الامام منفردا فلا تفسد صلوته وتفسد
صلوة المقتدي لخلو مكان امامه عن الامام والله اعلم

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلوة باختيار المصلي فكانت مكتسبة فاخره عما تقدم لكونها سماوية ومن تكلم في صلوته
عامدا او ساهيا بطلت صلوته وقال الشافعي لا تفسد في الخطاء والنسيان الا اذا طال الكلام ولم يفرق المص بين السهو والنسيان
لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما ينتبه صاحبه بادنى تنبيه والخطاء ما لا ينتبه بالتنبيه او ينتبه بعد اتعاب والنسيان هو ان يخرج
المدرك من الخيال على ما عرف في موضعه ومفزعه اي ملجأه الحديث المعروف وهو قوله عم رفع عن امتي الخطاء والنسيان الحديث
ووجه الاستدلال ان حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الافساد مرفوعا ولنا حديث معاوية بن الحكم
رضي قال صليت خلف رسول الله عم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بابصارهم فقلت واثكل اماه ما لي
اراكم تنظرون الي شزرا فضربوا ايديهم على افخاذهم فعلمت انهم يسكتونني فلما فرغ النبي عم دعاني فوالله ما رايت معلما احسن تعليما
منه ما كهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس الحديث جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل وجود
الطهارة فيها من حقها فكما لا تجوز مع عدم الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح جدا فان قيل لو كان مفسدا لامره بالاعادة ولم
يثبت قلنا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالنسخ شرط ولم يكن فلم يامره بالاعادة كمسلم لم يهاجر وقوله وما رواه
محمول على رفع الاثم جواب عن استدلاله بالحديث المعروف وتقريره ان حكم الاخرة وهو الاثم مراد بالاجماع فلا يكون حكم الدنيا
مرادا والا لزم عموم المشترك او المقتضي وكلاهما باطل على ما عرف في موضعه وقوله بخلاف السلام ساهيا جواب عما يقال
السلام كالكلام في ان كل واحد منهما قاطع وفي السلام يفصل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام ووجهه ان السلام ليس كالكلام
لانه من الاذكار اذ المتشهد يسلم على النبي عم وهو اسم من اسماء الله تع وانما اخذ حكم الكلام بكاف الخطاب وانما يتحقق معنى الخطاب

بنه عند القصد فاذا كان ناسيا الحقناه بالاذكار واذا كان عامدا الحقناه بالكلام عملا بالشبهين بخلاف الكلام فانه ينافي الصلوة على كل
حال فكان مبطلا لها كذلك وطولب بالفرق بينه وبين افعال تنافي الصلوة فان القليل منها غير مفسد واجيب بان الاحتراز عن
قليلها غير ممكن اذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلوة فلا تفسد حتى يدخل في حيز ما يمكن الاحتراز عنه وهو الكثير وليس في الحي كلام
طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى القليل والكثير قال فان ان فيها او تاوه الا من صوت المتوجع وقيل هو ان يقول اه
والتاوه ان يقول اوه وارتفاع البكاء هو ان يحصل به حروف وكل ذلك اما ان يكون من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة
فان كان الاول لم يقطعها لانها يدل على زيادة الخشوع وان كان الثاني قطعها لان فيه اظهار الجزع والمصيبة فكان كل منهما دليلا
على امر والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو صرح بذكر الجنة والنار قال اللهم اني اسئلك الجنة واعوذ بك من النار
لم يفسد ولو صرح باظهار الوجع فقال اني مصاب فسدت صلوته فكذلك بالدلالة اذ ليس ثمه صريح يخالفها وعن ابي يوسف انه اذا قال
آه لم يفسد في الحالين اي سواء كان من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت
على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وهذا لان اصل كلام العرب ثلثة احرف لاحتياجه الى حرف
يبتدئ بها وحرف يوقف عليها وحرف يفصل بينهما فالحرف الواحد اقل الجملة فلا يطلق عليها اسم الكلام والحرفان اذا كان
احدهما من الزوائد كذلك لانه نظرا الى الاصل على حرف واحدة واما اذا كانتا اصليتين فقد وجد الاكثر وهو يقوم مقام الكل والحروف
الزوائد على معنى ان كل زائد لا بد وان يكون منها لا عكسه جمعوها في قولهم اليوم تنساه وعلى هذا قوله اولا تفسد لانهما من الزوائد واوه
تفسد لانه زائد على حرفين فانه في الزائد على حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة قال المص وهذا لا يقوى لان كلام الناس هو المفسد
وكلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجا وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد قال في النهاية فان
ان قلت انتم اليوم سالتمونيها فان هذا مبتدء وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد وهو مفسد بالاتفاق
قلت هذا لا يرد عليه لان كلامه في الحرفين لا في الزائد عليهما فان في الزائد عليهما قوله كقولهما وتابعه الشارحون واقول قول المص في حروف
كلها زوائد يجوز ان يكون المراد بالجمع فيه التثنية وح يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجا وافهام المعنى وذلك
يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام الناس كغيره فيكون مفسدا وان تنحنح وحصل به حروف
فاما ان يكون بعذر اولا فان كان الثاني وهو ان لم يكن مدفوعا اليه اي لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عليه ينبغي ان يفسد عندهما
وقيل انما قال ينبغي لان المشايخ اختلفوا فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراة فقال شيخ الاسلام لا يفسد لانه يصير بمعنى
القراة معنى كالمشي للمنافاة لكونه لاصلاح الصلوة صار من الصلوة وكذا ذكره شمس الائمة وقال في المحيط وان لم يكن مدفوعا اليه في
التنحنح الا انه فعل لاصلاح الحلق ليتمكن من القراة ان ظهر له حروف نحو قوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه اسمعيل الزاهد
يقول يقطع الصلوة عندهما لانها حروف مهجاة وفيه نظر لان اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك ولا وقع في هذا الكتاب
في موضع من اختلاف المشايخ كذلك وقوله عندهما ايضا فيه نظر لانه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبهما انه
كلام فلا وجه لافرادهما بالذكر فان حمل الجمع هنا ايضا على التثنية اندفع النظر الثاني ويقال في دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل عن
الائمة والقياس يقتضي ان يكون مفسدا فقال ينبغي وان كان الاول وهو عفو اي معفو كالعطاس والجشا فان ذلك لا يقطع الصلوة
وان حصل به حروف مهجاة قال ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله. واذا عطس الرجل فقال له آخر يرحمك الله وهو اي القائل
في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم وانما قيد بقوله له لانه اذا قال العاطس لنفسه
لا تفسد صلوته لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله
فانه لا يفسد على ما قالوا وفي هذا اللفظ اشارة الى خلاف البعض وذكر في المحيط روي عن ابي حنيفة ان العاطس يحمد في نفسه
ولا يحرك لسانه فلو حرك فسدت صلوته وحد الاول ما ذكره ان لم يتعارف جوابا قوله وان استفتح ففتح عليه الاستفتاح
طلب الفتح والاستنصار قال الله تع وكانوا يستفتحون اي يستنصرون ويجوز ان يكون كل واحد منهما ههنا مرادا والاستفتاح

والاستفتاح اربعة اقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح اما ان يكونا في الصلوة وليسا مما نحن فيه او
يكونا فيها او يكون المستفتح فيها دون الفاتح او بالعكس من ذلك فان كانا في الصلوة فاما ان تكون الصلوة متحدة بان يكون المستفتح
اماما والفاتح ماموما او لا يكون فهي الثاني فسدت صلوة كل منهما لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس قال في الاصل اذا فتح غير
مرة فسدت صلوته وفيه اشارة الى انه ما لم يتكرر لا تفسد قال لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع
الصغير التكرار لان الكلام في نفسه قاطع وان قل قيل وهو الصحيح وفي الاول لا يكون كلاما استحسانا اما بالاثر وهو ما روي ان
رسول الله عم قرأ في الصلوة سورة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال الم يكن فيكم ابي بن كعب فقال بلى يا رسول الله عم فقال
هلا فتحت علي فقال ظننت انها نسخت فقال عم لو نسخت لانبأتكم واما بما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلوته فكان
هذا من اعمال صلوته معنى ثم اختلف المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على امامه او قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح
التلاوة ومنهم من قال ينوي الفتح دون القراءة قال المص هو الصحيح اشارة الى ان الاول ليس بصحيح لان المقتدي رخص له
في الفتح على امامه ومنع عن القراءة فلا يدع ما رخص له الى ما نهي عنه وانما هذا اذا اراد ان يفتح على غير امامه فانه ينوي القراءة دون
التعليم على ما يذكر ولم يفرق في الكتاب بين ما اذا قرأ الامام مقدار ما يجوز به الصلوة وبين ما لم يقرأ وان اختلفوا فيه اختيارا منه
للتصحيح فانه اذا فتح بعد ما قرأ ذلك صح ولا تفسد صلوة واحد منهما ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وصلوة
الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وهذا ايضا قول المشايخ اختاره المص ومنهم من يقول
لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام ان لا يلجئهم اليه بان يردد الاية او يقف ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه
وانما اطلق الاوان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج ان يتجاوز الى
سورة اخرى او يركع اذا كان قرأ المستحب صيانة للصلوة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان تردد فيلجئ القوم
الى ان يفتحوا عليه اذا كان قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح وحده في الصلوة وفتح عليه الخارج واخذ منه فسدت
صلوته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت وان نوى قراءة القرآن لم تفسد واشتراط التكرار
وعدمه قد تقدم قال ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله. اذا قيل بين يدي المصلي أاله مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخ
اما ان اراد جوابه او اعلامه انه في الصلوة فان كان الاول فسدت صلوته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تفسد لان
هذا الكلام ثناء بصيغته اي بما وضع له صيغته وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلوة ولهما
كلام يحتمل الثناء والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين احد مدلوليه بالقصد والعزيمة كالتشميت فانه لا شك انه ذكر
بصيغته ويحتمل الخطاب وقد الحقه النبي عم بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس فان قيل روي ان رسول الله عم
قال في جواب ابن مسعود حين استاذن على الدخول وهو عم في الصلوة ادخلوها بسلام آمنين اراد جوابه ولم تفسد صلوته
اجاب شمس الائمة السرخسي بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع وقياسه على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص على ما ذكر
واذا قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف
وهذا القائل لا يحتاج الى بيان فارق وهو الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق يعني ان ابا يوسف وافقهما في ان الاسترجاع
مفسد والفرق له ان الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلوة لاجله والتهليل للتوحيد والتعظيم والصلوة شرعت له
وان كان الثاني لم تفسد بالاجماع لقوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء
قوله ومن صلى ركعة من الظهر يعني اذا صلى رجل ركعة من صلوة ثم افتتح افتتاحا ثانيا فلا يخ اما ان يكون الثانية عين الاولى او غيرها
فان كان الثاني فقد نقض الاولى وهي المسئلة المذكورة في الكتاب اولا لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى
فتبطل فان كانا فرضين فلا يخ اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب اولا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم يكن وقعت
فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل الحاصل ويكون

ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلث ركعات خرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انتقضت ولم يقعد في الثانية
فسدت صلوته لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما اذا نوى بلسانه وقال نويت ان اصلي الظهر انتقض
ما صلى ولا يجزئه به قوله واذا قرء الامام من المصحف قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل انه قيده بالامام لانه المحتاج
الى تطويل القراءة فربما يحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرء وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرء مقدار آية
تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل والكثير عنده في الافساد وعندهما في عدمه سواء
فلهذا اطلقه في الكتاب لهما اي القراءة عبادة وهو واضح انضافت اي انضمت الى عبادة وهي النظر في المصحف لقوله عم
اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة قال النظر في المصحف والعبادة الواحدة غير مفسد فكيف اذا انضمت
الى اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه
وتمييز حرف عن حرف وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لامحالة ولانه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس
بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لامحالة فكذا من المصحف وعلى هذا اي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع في مكان و
المحمول لانهما في التلقن سواء وعلى الاول يفترقان لانه اخذ فيه الحمل فاذا فات بالوضع فات بعض الدليل وشمس الائمة السرخسي
جعل التعليل بالتلقن اصح وقوله ولو نظر الى مكتوب يعني اذا نظر الى مكتوب سوى القرآن فانه اذا كان قرآنا لا خلاف لاحد في
جوازه فاما في غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا تفسد على قول ابي يوسف وتفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرء كتاب فلان فنظر
فيه حتى فهمه ولم يقرء بلسانه فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان الغرض من القراءة باللسان الفهم فكان الفهم كالقراءة ولابي
يوسف ان القراءة انما تكون باللسان لانه من باب الكلام قال المص الصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع وليس هذه كمسئلة
اليمين لان المقصود هنالك الفهم واما فساد الصلوة فبالعمل الكثير ولم يوجد قال وان مرت امرأة بين يدي المصلي
انما ذكر هذه المسئلة وان لم يصدر من المصلي شيء يوجب فساد صلوته رد القول اصحاب الظواهر ان مرور المرأة بين
يدي المصلي يفسد صلوته لقوله عم تقطع المرأة الصلوة والكلب والحمار قلنا انكرت عائشة رضعا حين بلغها قالت
يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله عم يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة
فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتهما واعترض بان الكلام في المرور بين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب
بان الاعتراض هو دوامه اذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى ثم الكلام في هذه المسئلة في مواضع اولها هذا وهو ان مرور شيء لا يقطعها
لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور شيء والثاني ان المار آثم لقوله عم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه الوزر لوقف اربعين
قال الراوي لا ادري قال اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح حديث ابي هريرة ان المراد اربعين سنة والثالث
ان مقدار موضع يكره المرور فيه وهو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وقاضي خان
وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم من قدره بمقدار صفين او ثلثة
ومنهم من قدره بخمسة ومنهم باربعين هذا اذا كان في الصحراء فاما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد ان يمر بينه
وبين قبلة المسجد وقيل يمر ما وراء خمسة اذرع وقوله ولا يكون بينهما اي بين المصلي والمار حائل كاسطوانة او جدار اما
اذا كان فلا يأثم ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلم يأثم
وبين هذين القيدين اعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصور
ان يكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك اذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده
قريب من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره فخر الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره وهذا
لا منافاة فيه فلهذا قال فخر الاسلام انه حسن لكونه مطردا فانه ما اختاره شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها فهو الامام الذي حاز
قصبات السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا والرابع ان يأخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله عم اذا

صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها وذلك ان تكون ذراعا فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا
في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء المعجمة في آخرة وهي الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب
وتشديد الخاء خطأ وهي يجوز ان تكون مقدار ذراع ويستدل بانه عم صلى ببطحاء مكة الى عنزة وهي مقدار ذراع وقوله ينبغي ان
غلظه وروى عن ابي مسعود انه قال يجزي من السترة السهم والسادس ان يقرب من السترة لقوله عم من صلى الى سترة
فليدن منها والسابع ان يجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر لان الاثر ورد به روى انه عم ما صلى الى شجرة ولا الى
عود ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمد اليه صمدا اي لم يقصده قصدا الى المواجهة والثامن ان سترة الامام
سترة القوم لانه عم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات زج والزج الحديد في اسفل الرمح وهو بالتنوين
لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي ان اريد بها عنزة النبي عم كان غير منصرف للعلمية والتأنيث فيكون منصوبا
والتاسع ان المعتبر هو الغرز دون الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا كانت صلبة
لا يمكن الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز وان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين يخط خطا طولا وهو قول
الشافعي ولم يعتبره المص لان المقصود هو الحيلولة بينه وبين المار ولا تحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما وروى
هشام عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي فان قيل الوضع والخط قد رويا كالغرز فما وجه المنع اجيب بان
ذلك لم تصح عند ائمة الحديث ولم يذكر ان ترك السترة لا بأس به اذا امن المرور ولما ان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند
عدم المار ولا حاجة بها عند عدم المار روى عن محمد انه تركه في طريق الحجاز غير مرة والعاشر الدرء اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة
لقوله عم ادرؤا ما استطعتم ويدرء اي يدفع بالاشارة كما فعل النبي عم بولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين
يديه فاشار اليه ان قف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي فابت فمرت فلما فرغ من صلوته قال ناقصات
العقل ناقصات الدين صواحب يوسف كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل و
قوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما
النساء فيصفقن يضربن بظهور اصابع اليد اليمنى على صفحة الكف من اليسرى لما مر ان لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يجب
لهن التسبيح

فصل فيما يكره للمصلي

اخره ذكر العوارض المفسدة ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه قال بدر الدين الكردي
العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح ولا نزاع
في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه ولا معتبر بما قيل انما قدمه لانه كلي يشمل ما بعده لان العبث بالثوب
لا يشمل ما بعده من تقليب الحصا وغيره لقوله عم ان الله تع كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة والرفث في الصوم
والضحك في المقابر وقوله لان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة قيل فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي ان يفسد الصلوة
وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء بها وليس في العبث ذلك وقوله ولا يقلب الحصا ظاهر قيل وحاصله ان كل ما يفيد المصلي
لا بأس به لما روى انه عم عرق في صلوته ليلة فسلت العرق عن جبينه اي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا واذا قام من سجوده في
الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا تبقى صورة وقوله ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع بالغمز او بالمد حتى يصوت وقوله
لانه عم نهى عن الاختصار روى ابو هريرة ان النبي عم نهى عن الاختصار في الصلوة وقوله ولا يلتفت ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز
عن التفسير الآخر للاقعاء وهو ان ينصب قدميه كما يفعل بالسجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب لا يقعي كذلك وانما يقعي مثل ما ذكر في
الكتاب الا انه ينصب يديه والآدمي ينصب ركبتيه الى صدره وقوله ولا يرد السلام ظاهر وقوله فان اكل او شرب عامدا او ناسيا
فسدت صلوته فرضا كانت او نفلا وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس يجوز شرب في النفل وهو رواية عن احمد وقوله لانه اي لان
كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد وقوله وحالة الصلوة مذكرة جواب عما يقال ينبغي ان يكون النسيان عفوا كما
في الصوم ووجهه انها ليست كالصوم لان حالة الصلوة مذكرة بخلاف حالة الصوم فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول

اذا كان مادون ملأ الفم لا تفسد ومنهم من يقول ان كان قليلا مادون الحمصة لا تفسد كما في الصوم وان كان اكثر من ذلك فسدت
ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير والطاق هو المحراب والمذكور في الكتاب
في وجه الكراهة احد الطريقين والطريق الآخر هو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله تشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا
كان بجنبتي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع منهما من على يمينه ويساره على حاله فلا باس به والمراد بالمقام المذكور في الكتاب مكان
الاقدام فاذا كانت قدماه خارجتين فلا باس به ولهذا اختار المص الوجه الاول لانه مطرد بخلاف الثاني فانه اذا امكن الاطلاع
على حاله بالفرجة على ما ذكرنا لم يطرد فيه واما قيد قوله ان يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال
على الدكان في ظاهر الرواية احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال المعنى الاول وهو التشبيه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك
ولم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدر بمقدار ما
يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر واما اذا كان كما في الجمعة يقوم الناس على الرفوف
والامام على الارض في الجامع لضيق المكان فلا يكره وقوله فلا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث ظاهر انما المكروه ان يصلي الى وجه
غيره لما روي ان عمر راى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة فقال للمصلي استقبلت الصورة في صلوتك وقال للقاعد استقبلت المصلي بوجهك
فعلم ان ذلك مكروه ويعلم من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا باس بان يصلي ويقربه قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي انه عم
نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون او نائمون وتاويله عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في الصلوة
او يخاف ان يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلوته فان لم يكن كذلك فلا باس به والدليل على انه لا يكره عند الامن عن ذلك ما روي
ان اصحاب رسول الله كانوا يصلون وبعضهم كانوا يقرؤن وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ
ولم يمنعهم عن ذلك رسول الله وقوله ولا باس بان يصلي وبين يديه سيف معلق انما اورد هذه المسئلة لان من العلماء من كره ذلك
فقال السيف آلة الحرب وفي الحديد باس شديد فلا يليق تقديمه مقام الابتهال وقيل هو قول ابن عمر وفي استقبال المصحف تشبه باهل
الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكر في الكتاب من الدليل ظاهر وقوله ولا باس بان يصلي
على بساط فيه تصاوير التصاوير ما تصور مشبها بخلق الله تع اعم من ان يكون من ذوات الروح اولا وقوله واطلق الكراهة في
الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة اولا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه ان كان في موضع سجوده
يكره لما فيه من التعظيم له واذا كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة وجه ما في الاصل ما ذكره ان المصلي معظم تلفظ
المنقول فيهما ومعناه ان البساط الذي اعد للصلوة يعظم من بين ساير البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم لها ونحن امرنا باهانتها
فلا ينبغي ان يكون في المصلى مطلقا سجد عليها او لم يسجد وقوله لحديث جبرئيل عم روي ان جبرئيل عم استاذن على رسول الله عم
فقال له ادخل فقال كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه تماثيل حيوان او رجال اما ان يقطع رءوسها او يجعل بساطا يوطا انا معاشر الملائكة
لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة وقوله لان الصغار جدا لا تعبد روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس
كانون محفوف بصور صغار وقوله واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحوة انما فسره بهذا اشارة الى انه لو قطع راسه بخيط
من الحلقوم كانت الكراهية باقية لان من الطير ما هو مطوق انما محي راسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر انه لا تعبد بلا راس فكانت
كالجمادات فصار كالصلوة الى شمع وسراج في انهما لا يعبدان وانما قال على ما قالوا اشارة الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين
يديه كانون فيه جمر او نار موقدة والصحيح ما قالوا لما ذكر انهما لا يعبدان وقوله ولو كانت الصورة على وسادة ظاهر ويحكى عن الحسن البصري
وعطاء وحماد انهما دخلا بيتا فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس حماد وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها وقوله واشدها
اي اشد الصور كراهة يشير الى ان الكراهة مقول بالتشكيك يختلف احادها بالشدة والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي
لا يكره الصلوة ولكنه يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلوة عما يمنع دخول الملائكة مستحب وقوله وتعاد على وجه غير مكروه
اي تعاد الصلوة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلوة وهو

وقوله ولا يكره تمثال غير ذي الروح لما روي عن ابن عباس انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي قال ان لم يكن لك بد
فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال
ما تصور على الجدار والصورة ما تصور على الثوب وليس هو واضح وقوله ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة ولم يفرق بين ما اذا امكنه
القتل بضربة واحدة وبين ما اذا احتاج الى ضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة
لم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلوة لانه عمل كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي
وهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي وفي كلام المص ما ينبو عن هذا لانه قال ولان فيها ازالة الشغل فاشبه درء المار
فانه يشير الى انه ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لان ذلك لاصلاح الصلوة دون هذا وقوله ويستوي جميع انواع الحيات يعني التي
تسمى جنية وغيرها وقوله هو الصحيح احترازا عن قول الفقيه ابي جعفر ان الحيات منها ما هي من سواكن البيوت وهي جنية ومنها ما لا يكون
منها والاولى هي التي تكون صورتها بيضا لها ضفيرتان تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله عم اياكم والحية البيضا فانها من الجن من
غير فصل بين الصلوة وغيرها فلا تقتل في غيرها ايضا الا بعد الاعذار والانذار بان يقال خل طريق المسلمين فان ابى قتل والثانية هي
التي يضرب لونها الى السواد وفي مشيها التواء قال الطحاوي الفرق بينهما فاسد لان النبي عم اخذ على الجن العهود والمواثيق بان لا يظهروا
لامته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلها وهو مختار شمس الائمة والمص لاطلاق ما روينا وقوله ويكره عد الآي
والتسبيح في الصلوة اشارة الى ان العد مكروه في الفرايض والنوافل جميعا وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك
ليس من اعمال الصلوة وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما في غير ظاهر الرواية ان العد باليد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤس
الاصابع او الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلوة وقيد بالصلوة احترازا عن خارج
الصلوة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلوة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح
والآي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بلا خلاف وكلام المص يدل على ان الخلاف بينهم في الفرايض والنوافل جميعا
وقيل الخلاف في المكتوبة واما النوافل فلا خلاف انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما
ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما هو السنة وهي اربعون آية او ستون اية في الفرايض وعملا بما جاءت به السنة في صلوة التسبيح
وتسبيحاتها عشر عشر فلا باس بالعد ولابي حنيفة انه يمكنه ان يفعل ذلك قبل الشروع في الصلوة واما في صلوة التسبيح فلا ضرورة
ايضا الى العد باليد لانه يحصل بغمز رؤس الاصابع فيستغني عن العد بيده لما فرغ عن بيان الكراهة في الصلوة شرع في بيانها
خارج الصلوة والخلا بالمد بيت التغوط والمقصور النبت ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلا لان النبي عم نهى عن ذلك

يكره استقبال القبلة بالفرج

رواه سلمان وانما قيد بالخلا وان كان في الصحرا كذلك لما فيه خلاف الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضا فاما في الابنية فلا وفي
الاستدبار عن ابي حنيفة روايتان فعلى احدى الروايتين فرق بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الكتاب من قوله لان المستدبر
فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف يعارض
هذا ما جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة ان النبي عم قال لا تستقبلوا القبلة لغايط او بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا اجيب
بانه محمول على ان المراد به اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى بيت المقدس فكان مكروها تعظيما لبيت المقدس او على انه
يكون رافعا ذيله عند التغوط وقوله ويكره المجامعة فوق المسجد واضح وقوله لانه لم ياخذ حكم المسجد يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث
وان ندبنا اليه اي الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يستحب لكل انسان ان يعد في بيته للصلوة مكانا يصلي فيه النوافل والسنن
قال الله تع في قصة موسى واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عم لا تتخذوا بيوتكم قبورا وهو عبارة عن ترك الصلوة في البيت وقوله لانه اي
الغلق يشبه المنع من الصلوة وهو حرام قال الله تع ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس به اي بغلق
باب المسجد اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلوة لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا يرى ان الناس كانوا يحضرون في
الجماعات ثم منعوا عن ذلك فكان المنع صوابا فكذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل المحلة فانهم اذا اجتمعوا

على رجل وجعلوه متوليا بغير امر القاضي يكون متوليا وقوله ولا باس بان ينقش المسجد بالجص وانما ذكر بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا قال حين مر بمسجد مزخرف لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهته هذا في المساجد وعندنا لا باس بذلك لان عمر رضه زاد في مسجد رسول الله عم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المساجد لانتظار الصلوة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه لا يوجر عليه ولا يأثم به وقيل هو قربة لان الله تع حثنا على عمارة المسجد بقوله تع انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير وقوله وهذا اشارة الى لا باس يعني انما يكون لا باس اذا فعل ذلك من فعل من ماله اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البنا كالتجصيص دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل ذلك ضمن

باب صلوة الوتر

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية ادائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلوة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلوة الوتر والدليل على انه قصد هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حق الوتر عند ابي حنيفة واجب قيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر ولكن روى يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد والشافعي وروى حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه اخذ زفر قالوا ظهر آثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون سنة واعترض عليه بانه مشترك الالزام فان لقائل ان يقول ظهر آثار الواجبات فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون واجبا كصلوة العيد واجيب بانا لا نسلم ان صلوة العيد واجبة سلمنا لكن المجموع من آثار السنن ولا نسلم ان صلوة ليس لها اذان بل قولهم الصلوة جامعة اذان لها وفيه نظر ولابي حنيفة قوله عم ان الله تع زادكم صلوة الا وهي الوتر رواه ابو بصرة الغفاري رضه ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله تع والسنن انما يضاف الى رسول الله عم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها والثالث ان الزيادة على الشي انما تتحقق اذا كان من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا وهب هبة مبتدأة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد الا ان الدليل غير قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب قوله ولهذا اي ولكونه واجبا وجب القضا بالاجماع فان السنن لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت وعن محمد انه قال احب الى ان يقضى وقيل المراد بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الاحاد وقوله وانما لا يكفر جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده ووجهه ان الجاحد انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وههنا ليس كذلك لان وجوبه ثبت بالسنة يعني غير المتواتر والمشهور وكلامه يشير الى ان وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر وفيه نظر لانه ح كان فرضا لا واجبا وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة وقوله وهو اي كون وجوبه ثبت بالسنة هو المعنى بما روى عنه انه سنة وقوله وهو يؤدى في وقت العشا فاكتفى باذانه اي اذان العشا واقامته جواب عن قولهما ولا يؤذن له وقد علمت ما ورد عليه قال والوتر ثلث ركعات الوتر عندنا ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال الشافعي في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عم ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عائشة ان النبي عم كان يوتر بثلث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهو مذهب ابي بكر وعمر وابي هريرة رضهم وروى ان عمر راى سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك وانما قال لان الاثر اشتهر ان النبي عم نهى عن البتيراء قيل ولا حجة له فيما روى لان الله تع وتر لا من حيث العدد فان قيل قد روى ان النبي عم قال من احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وروى انه اوتر بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجه ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي في قوله الذي هو اظهر قوليه يقنت فيها بعد الركوع لما روى انه عم قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روى ان ابن مسعود بعث امه لتراقب وتر رسول الله عم فذكرت انه اوتر بثلث ركعات

قرأ في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس والجواب عما روى انه قنت في آخر الوتر ان ما زاد على نصف الشي فهو آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روى ان عمر امر ابي بن كعب بالامامة في ليالي رمضان وامر بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا قوله عم للحسن رضه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وتاويل ما روى عن عمر ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلوة ولئن سلم ان المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي والشافعي لا يرى الاحتجاج به لا يقال انما احتج به لانه اجماع معنى فان ابيا رضه كان يؤم بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع لان خلاف ابن عمر رضه قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرأ في كل ركعة من الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل واما عند ابي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة وجب القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدل المص رحمه بقوله تع فاقرؤا ما تيسر وذلك انما هو على وجوب مطلق القراءة واما على تعيين الفاتحة وضم سورة اليها فلا دلالة للآية على ذلك ثم ما روينا من حديث ابن مسعود دليل على وامانه لا يعين سورة بعينها يقرؤها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو اراد التبرك بما ورد في حديث ابن مسعود في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة الى شبهها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع والسجود وقبل التكبير مشروع عند اختلافها افعالا كالخفض والرفع واقوالا الا ترى انه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلفت الحال من الثناء الى القراءة واجيب بانه ثبت رفع اليد في هذه الحالة بقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وفيها بغير تكبير مشروع في الصلوة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا به وهو من باب الاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلوة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلوة وانما قال في سبع وان كان الموطن مذكرا على تاويل البقاع والمراد بنفي رفع الايدي على سبيل الحصر ان لا ترفع على وجه سنة الهدى الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة رضهم اتفقوا على هذا في القنوت والاولى ان ياتي بعده بما علم رسول الله عم الحسن بن علي رضه في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الخ ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي قال ابو نصر البغدادي القنوت في الفجر سنة عند الشافعي وفي غيرها ان حدثت حادثة وان لم تحدث فله قولان واستدل بحديث انس رضه كان النبي عم يقنت في صلوة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود ان النبي عم قنت في صلوة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب وهكذا روى عن انس قال قنت رسول الله عم في صلوة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء وهم سبعون رجلا او ثمانون وقيل فلما نزل قوله تع ليس لك من الامر شي او يتوب عليهم ترك ذلك فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وقال ابو يوسف يتابعه لان الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روينا انه عم قنت شهرا ثم ترك ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقعد تحقيقا للمخالفة وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي لا ياتي بالقراءة وهو شريك الامام لا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلوة لان المخالفة فيما هو من الاركان او الشرائط مفسدة لا في غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت موجود في القعود ايضا لان السكوت انما يكون دليل الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المص والاول اظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكره المص لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو مشروع وهو السلام ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية يعني ان هذه المسئلة تدل على شيئين احدهما ان اقتداء الحنفي المذهب بشافعي المذهب جائز والثاني ان المقتدي يتابع امامه في قراءة القنوت في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه اتباع في الخطا اجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال ابو اليسر الاقتداء بشافعي المذهب غير جائز من غير ان يطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب

الشعاع عن ابي حنيفة ان من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس منه تفسد صلوته وجعل ذلك عملا كثيرا فصلوتهم فاسدة عندنا
فلا يصح الاقتدا بهم وفيه نظر لان فساد الصلوة عند رفع الراس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتدا في الابتدا لجواز صلوة
الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطا من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي على حذف يائي النسبة من المنسوب اليه وقوله
واذا علم المقتدي ما يزعم به فساد صلوته يعني ان الاقتدا به انما يصح اذا تحامى مواضع الخلاف بان يتوضا في الخارج النجس من غير السبيلين
وان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا ولا يكون شاكا في ايمانه وان لا يتوضا في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني ان كان رطبا او
يفرك اليابس منه وان لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع راسه فان علم منه شيئا من هذه الاشيا لا يصح الاقتدا
وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك
فقال الهندواني وجماعة ان المقتدي ان راى امامه مس امراة ولم يتوضا لا يصح الاقتدا به وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا جوزوه قال صاحب
النهاية وقول الهندواني اقيس لان زعم الامام ان صلوته ليست بصلوة فكان الاقتداء بالموجود على المعدوم في زعم الامام وهو
الاصل فلا يصح الاقتدا والمختار في القنوت الاخفا مطلقا سوا كان التالي اماما او مقتديا او منفردا لانه دعا وخير الدعا الخفي ومنهم
من يقول بجهر القنوت لان له شبه القران فان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القران او لا والله اعلم

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن والنوافل وترجم
الباب بالنوافل لكونها اعم واشمل وقدم السنن على النوافل وهو في نحره وابتدا بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال عم صلوهما ولو طردتكم الخيل
او لمناسبة ذكر المواقيت فانه قدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض واول صلوة فرضت
على النبي عم صلوة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى فقال الحلواني سنة المغرب لان النبي عم لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي
بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيها ثم التي بعد العشا ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشا وقيل التي قبل
الظهر اكد من غيرها بعد سنة الفجر قيل وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا قال عم من ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال
الحلواني الافضل في السنن المنزل الا التراويح لان فيها اجماع الصحابة وقيل الصحيح ان الكل سواء ولا تختص الفضيلة بوجه
دون وجه ولكن الافضل ما يكون ابعد من الريا واجمع للاخلاص ثم ما ذكر في الكتاب واضح وقوله والاصل فيه اي في هذا العدد
قوله عم من ثابر المثابرة المواظبة فان السنة ما واظب عليه النبي عم مع ترك وفسر اي النبي عم على ما ذكر في الكتاب يعني المبسوط او
مختصر القدوري قوله غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر بيان ان ما هو المذكور في الكتاب زائد على ثنتي عشرة قوله فلذلك سماه اي الاربع قبل
العصر محمد بن الحسن في الاصل حسنا وخير بقوله وان شا ركعتين لاختلاف الاثار لان ابن عمر قال قال رسول الله عم رحم الله امرءا
صلى قبل العصر اربعا وعليا رضي قال ان رسول الله عم كان يصلي قبل العصر ركعتين قوله والافضل هو الاربع لانه اكثر عددا
وادوم تحريمة فكان اكثر ثوابا وقوله ولم يذكر اي النبي عم الاربع قبل العشا ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه تسامح
لانه قال ولهذا اي ولانه لم يذكر اي النبي عم الاربع قبل العشا كان مستحبا فقوله لعدم المواظبة علة اخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح
ويجوز ان يقال انما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه اي في حديث المثابرة ركعتين بعد العشا وفي غيره اي في غير
حديث المثابرة وهو ما روي عن ابن عمر موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عم من صلى بعد العشا اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر
ذكر الاربع فلهذا اي فلاختلاف في الفاظ الحديث بين الاربع والركعتين خير محمد بن الحسن او القدوري بقوله واربع بعدها
وان شا ركعتين وقوله الا ان الاربع افضل خصوصا صاح اشارة الى ما قال بعض مشايخنا ان ما ذكر في الكتاب بقوله انه يصلي
ركعتين بعد العشا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما واما على قول ابي حنيفة فالافضل ان يصلي اربعا وجعل هذه فرعا لمسئلة التي
وهي ان صلوة الليل مثنى مثنى افضل او اربع بتسليمة واحدة عنده والاربع افضل وعندهما مثنى مثنى وهي صحيحة لان محمدا جعله
بمنزلة صلوة الليل ولم يعده من السنن الموقتة لانه قال ان فعل فحسن والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قال النبي عم
كان يصلي بعد الزوال اربع ركعات فقلت ما هذه الصلوة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السما واحب ان

ان يصعد لي فيها عمل صالح فقلت افي كلهن قراة قال نعم فقلت اتسليمة ام بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي
يؤديها بتسليمتين وهو افضل واحتج بما روى ابو هريرة ان النبي عم كان يصليهن بتسليمتين وروي انه عم قال صلوة الليل
والنهار مثنى مثنى والجواب عن الاول ان معنى قوله بتسليمتين اي بتشهدين من باب ذكر الحال وارادة المحل وقد رد
هذا التاويل عن ابن مسعود بان المشهور صلوة الليل مثنى مثنى والنهار غريب وليس بثبت ومعناه شفع لا واحدة نفيا للبتيرا

فصل

ونوافل النهار اختلف العلما في كمية التنفل ليلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلية فاما الاباحة في النهار فهي
ان يصلي ركعتين بتسليمة او اربعا ويكره الزيادة على ذلك واما في الليل فان يصلي ثمان ركعات بتسليمة ويكره الزيادة على
ذلك قال في النهاية لا فائدة في تخصيصه ابا حنيفة بهذا الحكم لان كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل الى الثمان بغير كراهة والكراهة
فيما وراها بالاتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز ان يكون ذكر ابي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي فانه يقول لا يزيد على اربع
ولو زاد كره له ذلك قوله وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة يفهم منه انه لا يزيد على ذلك من حيث الاباحة والافضلية
وليس كذلك بل لا يزيد عليهما من حيث الافضلية لان الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا وفي الجامع
الصغير لم يذكر الثمان في صلوة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة ان النبي عم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز
وهذا اختيار القدوري وفخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح انه لا يكره الزيادة على ثماني ركعات لانه روي انه عم صلى ثلث عشرة ركعة
فيكون ثمان صلوة الليل وثلث وترا وركعتان سنة الفجر فكان يصلي هذا كله في الابتدا ثم فصل البعض على البعض وفيه نظر
لان كلامنا فيما يكون بتسليمة واحدة وليس فيما ذكر ما يدل على ذلك واما الافضلية فما ذكر ان الافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد
مثنى مثنى والتكرار للتاكيد لان معنى مثنى اثنين اثنين فيهما وعند ابي حنيفة اربع اربع فيهما للشافعي قوله عم صلوة الليل والنهار مثنى
مثنى وكلامه ظ وقوله والتراويح يؤدي بجماعة جواب عن اعتبارهما بالتراويح فراعي فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على راس
ركعتين لان ما كان ادوم تحريمة كان اشق على الناس وقوله معنى ما رواه شفعا جواب عن حديث الشافعي وقد ذكرناه

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراة التي تختلف وجوبها بحسب
اختلاف هذه الصلوات واعلم ان مسئلة القراة في الفرائض الرباعية مخمسة فعندنا هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في
الركعات كلها وقال مالك في ثلث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال ابو بكر الاصم القراة في الصلوة سنة كسائر
الاذكار حين شرع شرع سنة وحينا المخافتة بها على كل حال وههنا وجب الجهر بالقراة في اكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل
ولو كانت سنة لكانت مخافتة لان مبنى التطوعات على الخفية والكتمان على انه مخالف لظاهر النص وخرق للاجماع ووجه
قول الحسن قوله تع فاقرؤا ما تيسر من القران وهو لا يقتضي التكرار ولا يلزم اركعوا واسجدوا فان التكرار فرض لانه ثبت
ذلك بفعل النبي عم والجواب عنه القول بالموجب وهو انا لا نسلم ذلك لكن لا ينافيه فيجوز ان ثبت بدليل اخر كما سنذكر ووجه
قول مالك ان القراة يجب ان يكون واجبة في جميع الركعات بقوله عم لا صلوة الا بقراة لكنا اقمنا الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه
قول الشافعي الحديث المروي وذلك لان كل ركعة صلوة بدليل ان لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تع فاقرؤا ما تيسر
على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكرتم خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد به عليه وانما اوجبنا في الثانية
استدلالا بالاولى الحاقا بها بالدلالة لانهما اي الاولى والثانية تتشاكلان من كل وجه فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث
الثنا والتعوذ والبسملة اجيب بان ذلك امر زائد والاعتبار بالاركان فاما الاخريان وفي بعض النسخ الاخراوان وهو لحن
لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها في التثنية كعصوان ورحيان واذا كانت رابعة تقلب يا لا غير فيقال فانهما اي
الاوليين في حق السقوط وصفة القراة وقدرها فانه لا تضم السورة الى الفاتحة فيهما فلا يلحقان بهما وقوله والصلوة جواب عما رووه
من الحديث وتقريره ان قوله لا صلوة مصدر مذكور صريحا فكان كمن حلف لا يصلي صلوة لا كمن حلف لا يصلي وذلك ينصرف
الى الركعتين عرفا فكذلك فان قيل لا صلوة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرد قلنا نعم كل فرد من افرادها لغة او شريعة لا كل

الى الاول لان حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطا في فرد من افراد الدعاء والشافعي سلم لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا
لنهيه عم عن البتيراء ولنا ان نقول ايضا بموجب العلة اي سلمنا ان لا صلوة الا بقراءة لكن الكلام في ان القراءة في الاوليين
هل هي قراءة في الاخريين او لا وما ذكرتم لا يدل على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عم القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين معناه ان
شاء قرأ فاتحة الكتاب قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتأخرين من اصحابنا وان شاء سكت مقدار تسبيحة وان
شاء سبح ثلث تسبيحات كذا روي عن ابي حنيفة وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضهم فقد روي عنهما انهما كانا يسبحان في الاخريين
وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت اقرأ ولكن على جهة الثناء الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي عم داوم على ذلك
يعني يترك والا لكان واجبا فلهذا اي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الافضلية لا تجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيئا وان سهى عن ذلك فوجب عليه سجدة السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره
اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا فظاهر الرواية اصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي
ثم اعلم ان المصنف قال في اول الفصل القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا باعيانهما ان شاء قرأ في الاوليين
وان شاء في الاخريين وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة والافضل ان يقرأ في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى
واجبات الصلوة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الاوليين قوله والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ظاهر وقوله ولهذا
اي ولكون كل شفع منه صلوة على حدة لا تجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر من ذلك في المشهور عن اصحابنا وانما قيد بالمشهور
احترازا عن قول ابي يوسف اولا على ما سيأتي وقوله ولهذا اي ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة قالوا يستفتح في الثالثة
اي يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء واستشكل هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما فانهما يجوزان ترك القعدة الاولى من الشفع
الاول في التطوعات فلو كان كل شفع منها صلوة على حدة جازت تلك الصلوة لترك القعدة الاخيرة التي هي فرض والجواب انه وجه
القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد رحمه وفي الاستحسان لا تفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو مشروع
بالاجماع اشبه صلوة هذه صلوة الفجر من حيث ان كل شفع منها صلوة على حدة وصلوة الظهر من حيث ان الاربع مشروع كالركعتين
وقد دخل في الشفع الثاني فبالنظر الى الشبه الاول تفسد صلوته لانه ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا تفسد لان القعدة
المتروكة ليست الاخيرة فلا تفسد بالشك وهو يؤمر بالعود الى القعدة ما لم يسجد نظرا الى الشبه الاول ولم يؤمر به بعد السجود للتأكد الشبه
الثاني به واوجبنا القراءة على كل حال لانها ركن مقصود لعينها واما القعدة فانها شرعت للتحلل او للفصل بين الشفعين فاعتبرنا فيها
رعاية الشبهين ويؤيد هذا وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلوة ركن مقصود لعينها وكونه فرضا ثبت
بالسنة فيه احتمال النفلية فيجب القراءة في الجميع احتياطا ومن شرع في نافلة ثم افسدها • هذه هي المسئلة المشهورة في ان الشروع
في النفل صلوة كان او صوما ملزم عندنا خلافا للشافعي والعلماء اوردوا هذه المسئلة في كتاب الصوم لان الآثار التي يحتج بها من
الجانبين انما وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسن القدوري رح لما رأى حكم المسئلة فيهما واحدا اوردها في كتاب الصلوة وتابعه المصنف
قال الشافعي المتنفل متبرع فيه انما فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تع ما على المحسنين من سبيل كمن شرع في صلوة النفل
ناويا اربعا فصلى ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب انه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه او بعده والاول مسلم وليس
الكلام فيه والثاني عين النزاع والاية محمولة على الاول وقد بينا ان كل شفع من النفل صلوة على حدة فلم يوجد الشروع في الشفع
الثاني حتى يكون ملزما ولنا ان المؤدى وقع قربة بتسليمه الى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم اتمامه ضرورة صيانة بطلان حق
الغير قال الله تع ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل المؤدى لا يخ اما ان يكون عبادة او لا فان كان الاول فلا حاجة الى الزام
الثاني لان المشروع فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثاني فلا وجه للتسليم اليه فالجواب انه عبادة حتى لو مات
اثيب عليه والا يلزم تركب الشيء من منافيه والتزام الباقي لانه التزم عبادة صوما او صلوة مثلا ولا يكون كذلك
الا بالزام الباقي لانه بهذا الاعتبار غير متجز وقوله فان صلى اربعا اي شرع في الصلوة ناويا اربعا وقرأ في

في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين يعني الشفع الثاني لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما
اذا كان الافساد بعد الشروع فيهما بالقيام الى الثالثة واما اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شيء وعن ابي
يوسف انه يقضي اعتبارا بالنذر وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء كما اذا نذر فان نية
الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما ان الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الاولى ولوجوب ما لا يصح
ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية لان البتيراء منهي عنها والشفع الثاني ليس ما شرع فيه لان المفروض ذا ما توقف صحة ما شرع فيه عليه فلا
يكون واجبا بالشروع في الشفع الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه فظهر من هذا ان النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع لان
الفرض انه لم يشرع بخلاف النذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالافساد وعلى هذا سنة الظهر فان افسد
الاخريين قبل الشروع تقضيهما عند ابي يوسف وعندهما لا يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة حتى ان الزوج اذا خير امرأته
وهي في الشفع الاول من هذه الصلوة واخبرت بشفعة لها فاتمت اربعا لا يبطل خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات
وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا • هذه المسئلة تلقب بالمسائل الثمانية والوجوه الاتية فيها ستة عشر وهو انه قرأ في الجميع ترك
في الجميع ترك في الشفع الاول ترك في الشفع الثاني ترك في الركعة الاولى ترك في الثانية ترك في الثالثة ترك في الرابعة ترك في الشفع الاول
والركعة الثالثة ترك في الاول والرابعة ترك في الركعة الاولى والشفع الثاني ترك في الثانية والثاني ترك في الركعة الاولى والثالثة ترك في
الاولى والرابعة ترك في الثانية والثالثة ترك في الثانية والرابعة فهذه ستة عشر وجها والمص ترك الوجه الاول لان الكلام في اقسام الفساد
بترك القراءة والتي قرأ في جميعها ليست منها وتداخلت منها سبعة اوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية وعليك بتمييز المتداخلة
بالتفتيش في الاقسام المذكورة في الكتاب والاصل فيها ما ذكره ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة بالاجماع وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب
بطلان التحريمة لانه يوجب فساد الاداء لا بطلانه وفساد الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يأت بالاركان حال كونه منفردا او خليفة
الامام سبقه الحدث فذهب يتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده وعند ابي حنيفة ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء
لا بطلانه لانها ركن زائد بدليل ان للصلوة وجودا بدونها من المقتدي والاخرس والامي والركن الاصلي ليس كذلك واذا كان ركنا
زائدا لا يؤثر في ازالة اصل الصلوة حتى تصير باطلة وانما يؤثر في ازالة صفتها وهي صحة الاداء عملا بقدر الدليل فصار فاسدا فان قيل
سلمنا انه اوجب الفساد وان الفساد لا يزيد على تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تأخير لا ترك فلا يكون مغيرا اجيب
بان هذا ترك قبل اشتغاله بالاداء وانما يعرف كونه تأخيرا اذا اشتغل بالاداء فقبل اشتغاله به يصح اطلاق اسم الترك عليه
لان للخصم ان يقول لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه حيث
يبطلان التحريمة دونه واجيب بانهما من محظورات التحريمة وارتكابهما يقطع التحريمة لانه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز ان يقطعها
بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن اتصاف الركن وهو ما يقوم به الشيء بالزيادة ليس بكلام محصل فالجواب
ما قررناه في التقرير تقريرا لم يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من خصوم اصحابنا المتأخرين ايضا انكروا هذه العبارة وعند ابي حنيفة
ان ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب اما الاول فلان كل شفع من التطوع صلوة على حدة فكان
ترك القراءة فيه اخلاء للصلوة عن القراءة فيكون فاسدة يجب قضاؤها وبطل تحريمتها واما الثاني فكان القياس فيه مثل الاول كما لو
تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلوة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما
تقدم فقضينا بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين
فان قيل فساد الصلوة بتركها في الركعتين ايضا مجتهد فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول بفسادها اجيب بان ذلك خلاف لا
اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تع فاقرؤا ما تيسر من القرآن قوله واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظاهر سوى
ما نشير اليها وهو قوله فعليه قضاء الاخريين لا غير يعني اذا قعد بينهما واما اذا لم يقعد فعليه ان يقضي اربعا لان الافساد في الشفع

الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد تقدم وقوله لم يصح الشروع في الشفع الثاني يعني انه لا يكون صلوة في قولهما حتى لو اقتدى به انسان في
الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه ولو قهقه لم ينتقض طهارته وقوله ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند ابي يوسف يقضي اربعا وانما
قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس قوله بالاتفاق بينهما بل انما هو قوله على رواية محمد وهو فصل اصاب محمد كما ترى وعند محمد يقضي ركعتين بناء
على اصله ان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في احدى الاوليين وابو يوسف ايضا مر على اصله ان التحريمة باقية فصح الشروع واما ابو حنيفة
فقد جرت محاورة بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين
وقال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء اربع ركعات والاصل المذكور يساعد محمدا واعتذر لابي يوسف بان ما حفظه هو قياس
مذهب ابي حنيفة لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه وقوله قال يعني محمدا في تفسير قوله
لا يصلى بعد صلوة مثلها اورد بعد ذكر ان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل وما ترتب على ذلك من المسئلة الثمانية دليلا على ذلك
بما اوله اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر
ثم الفرض ويصلي اربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج ان يأول على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به الزجر على تكرار
الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول المص فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها
بانه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية ولئن كان مشهورا فهو ما اول كما ذكرنا ولئن قيل انه بيان لمجمل الكتاب فصار كخبر المسح لا يستقيم ايضا
لان نص القراءة ليس بمجمل اذ لو كان مجملا كان قراءة الفاتحة فرضا واجيب بانه قال بيان الفرضية ويجوز ان يكون الفرضية ثابتة
بقوله تع فاقرءوا على ما تقدم والحديث لبيان انها فرض في التطوع ركعة فركعة قال ويصلي النافلة قاعدا يجوز للقادر على القيام ان
يصلي النافلة قاعدا لقوله عم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم سماه صلوة يعلم ان صلوة القاعد يجوز ولا يخلو اما ان يكون المراد
ما كان بعذر او بغير عذر لا سبيل الى الاول لان ذلك وصلوة القائم سيان في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد
بها الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي مشروع لك ومرفوع عنك لكونها غير واجبة
وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على
المصلي فلا يشترط كيلا ينقطع به اي بسببه عن الخير واختلفوا في كيفية القعود روى عن محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف يشاء لانه لما جاز
له ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلوة رسول الله عم في اخر عمره كان محتبيا وعن محمد
انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي والمص رحمه
لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لان الشروع
عندنا معتبر بالنذر في الالزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز له ان يصلي قاعدا فكذا اذا شرع قائما ولابي حنيفة ما تقدم ان الشروع ملزم ما شرع فيه وما
لا صحة لما شرع فيه الا به كالركعة الثانية وههنا ما شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع
في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزم حتى لو لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند
بعض المشايخ قال الفقيه ابو جعفر الهندواني لا رواية فيما اذا نذر ان يصلي صلوة ولم يقل قائما او قاعدا ثم اختلف المشايخ قال
الامام فخر الاسلام لم يلزمه القيام لانه في النفل وصف زائد فلا يلزم الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تع
وايما اوجبها الله اوجبها قائما وفي قوله حتى لو لم ينص الخ نظر لانه لا يستقيم في الاستدلال على قول ابي حنيفة اخذ قول بعض من تاخر عنه بازمنة
كثيرة واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب يفيد انه لو قعد في الركعة الاولى بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشره الا قائما وذكر
في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتدا كانت له الخيرة بين الافتتاح قائما وبين الافتتاح قاعدا فكذلك في
الانتها بالطريق الاولى لان حكم الابتدا اخف بدليل ان الامام لا يجوز له انشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البناء وفيه نظر لان كون البقاء
اسهل من الابتدا من المسلمات لا نزاع فيه لكن عارضه اصل اخر وهو ان الشروع فيما باشره يلزمه قوله ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته
يعني سواء كان بعذر او بغيره توجه عند افتتاح الصلوة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق المروي وكذلك لا فرق بين ان يكون على دابته

في موضع جلوسه او في ركابيه نجاسة اولا لان الركوع والسجود اذا سقطا مع كونهما ركنين فلان يسقط طهارة المكان وهو شرط
اولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل ولا يلزم من سقوط الشيء الى خلف سقوطه بلا خلف له فكان ما قال محمد بن
مقاتل وابو حفص الكبير اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس او الركابين اكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلوة هو القياس اعتبارا للصلوة
على الدابة بالصلوة على الارض وان كانت عامة المشايخ على الجواز للضرورة وما في الكتاب ظاهر وقوله اما الفرائض فمختصة
بوقت اشارة الى ان الفريضة لا يجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة الا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان
وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه وقوله ينزل لسنة الفجر قال ابن شجاع يجوز ان يكون هذا بيان الاولى يعني
ان الاولى ان ينزل لركعتي الفجر وقوله ينبئ اشتراط السفر اشارة الى ما روى عن ابي حنيفة وابي يوسف ان جواز التطوع على الدابة
للمسافر خاصة لان الجواز بالايماء للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح ان المسافر وغيره سواء بعد ان يكون خارج المصر واختلف
في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الاصل مقدار الفرسخين وقدر بعضهم بالميل ومنع الجواز في اقل منه وقوله والجواز بالنص
معطوف على قوله اشتراط فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات وذكر في الهارونيات
ان عند ابي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لان النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير على
الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى القياس وعن ابي يوسف لا باس به لما روي ان النبي عم ركب الحمار في المدينة
يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكي ان ابا يوسف احتج به على ابي حنيفة فلم يرفع راسه قيل انما لم يرفع راسه رجوعا
منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما يعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد جوزه بالحديث لكنه كره لان اللغط يكثر في المصر
فلا يؤمن من الغلط والقراءة ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل وانما قيد بقوله صلى ركعة
بطريق الاتفاق فانه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتقرير دليله يحتاج الى تقديم مقدمة هي ان بناء البعض الصلوة على البعض انما يجوز
اذا كانا مستويين في تحريمة واحدة واما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته
على النزول بلا مبطل فكان ما صلى بايماء وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع والسجود هو في تحريمة واحدة فجاز بناء احدهما
على الاخر فاذا اتى بهما اي بالركوع والسجود صح واحرام النازل لم ينعقد الا موجبا للركوع والسجود لانه لا يقدر على الركوب بلا مبطل
لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي بعد الركوب بايماء في تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه لا يقال القدرة على
الركوب بعد الافتتاح من غير مبطل ممكن بان يرفعه شخص فيضعه في السرج وضعا لان الاقتدار على الشيء في التكليف انما يعتبر بقدرة
المكلف لا بقدرة غيره وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا لان في البناء بناء القوي على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض
اذا قدر في خلال صلوته على الركوع والسجود فانه يستقبل لئلا يلزم بناء القوي على الضعيف والجواب بما ذكرنا من المقدمة فان احرام
المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كاحرام النازل فلا يجوز بناء ما لم يتناوله احرامه على ما تناوله بخلاف
الراكب اذا نزل فكان هذا من باب تخصيص العلل فمن جوزه فلا كلام ومن لم يجوزه يلتجئ الى المخلص المعلوم في اصول الفقه وعن محمد اذا
نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل لانه صار صلوة فلا يبنى فيها القوي على الضعيف واما اذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهي شرط والشرط
المنعقد للضعيف شرط للقوي ايضا كالطهارة للنافلة طهارة للفريضة فليس فيها بناء قوي على ضعيف والاصح هو الظاهر وهو ان
الراكب اذا نزل بنى والنازل اذا ركب استقبل لما ذكرنا **فصل في قيام شهر رمضان** ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها
بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقرير الركعات وسنة الختم وترجم بقيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال عم ان الله تع
فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل اربع ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة وهي الجلسة ثم سميت لاربع
ركعات في اخرها الترويحة قوله ذكر بلفظ الاستحباب والاصح انها سنة يعني في حق الرجال والنساء وفيه نظر لانه قال
يستحب ان يجتمع الناس وهذا يدل على ان اجتماع الناس مستحب وليس فيه دلالة على ان التراويح مستحبة والى هذا ذهب بعضهم
فقال التراويح سنة والاجتماع مستحب وقوله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون رضهم انما يدل على سنيتها لقوله عم عليكم

بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي ولم يواظب اجاب بانه بين صلعم العذر في ترك
المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا روى انه عم خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع
الناس فخرج وصلى بهم عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكني خشيت ان تكتب عليكم فكان
الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر رضه فقال عمر اني ارى ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن كعب فصلى بهم خمس ترويحات
عشرين ركعة وقوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة كان من حقه ان يقول والمستحب في الانتظار بين الترويحتين
لانه استدل بعادة اهل الحرمين على ذلك واهل الحرمين لا يجلسون فان اهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين اسبوعا واهل المدينة
يصلون بدل ذلك اربع ركعات واهل كل بلدة بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين
لان الترويحة ماخوذة من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح
وليس بصحيح اي مستحب وقوله وبه اي بان وقتها بعد العشاء قبل الوتر قال عامة المشايخ فان صلاها قبل العشاء او بعد الوتر لا يكون تراويح
لانها عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وذهب متاخرو مشايخ بلخ الى ان جميع الليل
الى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل والاصح ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لانها
نوافل سنت بعد العشاء فلو صلى قبل العشاء لا يكون تراويح ولو صلى بعد الوتر جاز وقوله ولم يذكر قدر القراءة ظاهر وقال بعضهم يقرأ في
كل شفع مقدار ما يقرأ في صلوة المغرب لان التطوع اخف من المكتوبة فيعتبر باخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ مقدار ما يقرأ في
العشاء لانها ما تبع لها وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقرأ في كل ركعة عشر ايات وهو الصحيح لان فيه تخفيفا على الناس وتحصل به السنة لان عدد
الركعات في ثلثين ليلة ستمائة وايات القرآن ستة الاف وشيء فاذا قرأ في كل ركعة عشر ايات تحصل الختم وقوله بخلاف ما بعد
التشهد من الدعوات يعني اذا علم ان قراءتها تثقل على القوم تركها وينبغي ان ياتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي فيحتاط في الاتيان دونه
ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهر واما الوتر بجماعة في رمضان فهو افضل لان عمر رضه كان يؤمهم في الوتر وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا
اختاروا ان يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح فان ابي بن كعب ما كان يؤمهم فيها ونية التراويح
بمطلق النية ونية التراويح او سنة الوقت افضل والله اعلم

باب ادراك الفريضة

لما فرغ عن بيان الفرائض والواجبات والنوافل شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء بالجماعة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت اي شرع
الامام في الصلوة يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان لان البتيراء منهي ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر ثم
اقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة الفرضية لاقامة السنة اجيب بان النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض
على وجه الكمال فان النقض للاكمال اكمال كهدم المسجد للبناء وللصلوة بالجماعة فضل المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لادراك ذلك
فان قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فان الاصل عنده ان صفة الفرض اذا بطلت بطل اصل الصلوة على ما مر فلا يكون المؤدى
مصونا عن البطلان اجيب بان ذلك مذهبه فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما اذا قيد الخامسة
بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وههنا تمكن من ذلك وفرق بينهما بان ابطال صفة الفرضية لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه جاز
قطعها لحطام الدنيا حتى قيل لاجل الدرهم فلان يجوز لاحراز الفضيلة اولى بخلاف ابطالها في تلك الصلوة فانه ليس باطلاق من الشرع
وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح واليه مال فخر الاسلام لانه بمحل الرفض يعني له ولاية الرفض في الجملة
ما لم يقيد بالسجدة الا ترى ان من قام الى الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة والقطع للاكمال وهو اكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع
واليه مال شمس الائمة لان ما اتى به ان لم يكن صلوة فهو قربة سلمت الى مستحقها فلا يجوز ابطالها الا ترى انه لو شرع في التطوع
ثم اقيمت الظهر لم يقطع التطوع فالفرض اولى والجواب ان القطع في محل النزاع للاكمال دون ما ذكرتم والاشارة المقصودة بقوله
والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او السنة قبل الجمعة فاقيم للظهر او خطب الامام
لف ونشر يستقيم يقطع على راس الركعتين احرازا لفضيلة الجماعة روي ذلك عن ابي يوسف وروي في الجمعة عن ابي حنيفة في

في النوادر وقيل يتمها لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلوة واحدة كما تقدم وان كان قد صلى ثلثا من فرض الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فيثبت
شبهة الفراغ ولو ثبتت حقيقة يحتمل النقض فكذا اذا ثبت شبهته بخلاف ما اذا لم يقيد الثالثة بالسجدة لانه بمحل الرفض كما مر فيقطعها واذا
اراد القطع فهو بالخيار ان شاء عاد وقعد وسلم ليكون ختم صلوته على الوجه المشروع ثم اختلفوا ايتشهد ثانيا اولا فقيل يتشهد لان القعدة
الاولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لان بالعود الى القعدة ارتفض القيام وجعل كانه لم يوجد اصلا
فكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند بعضهم لانه المعهود في التحلل وقيل تسليمة واحدة لان التسليمة
الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام لانه مسارعة الى ادراك الفريضة وقال شمس الائمة الحلواني
ولو لم يعد الى القعدة فسدت صلوته وهو المذكور في النوادر واختاره شمس الائمة السرخسي لان القعدة المؤداة لم تقع فرضا وركعتاه لما انقلبتا
نفلا ولم يكن لها بد من القعدة المفروضة وقال فخر الاسلام الاصح ان يكبر قائما لانه يختم صلوته فاذا كبر قائما ينوي الشروع في صلوة الامام تنقطع
الاولى في ضمن شروعه في صلوة الامام ثم هو مخير ان شاء رفع يديه وان شاء لم يرفع وقوله واذا اتمها معطوف على قوله يتمها وقوله
يدخل مع الامام الدخول ليس بحتم لان الذي يصلي معهم نافلة ولا الزام فيها والافضل الدخول لانه في وقت مشروع ويندفع عنه تهمة
من لا يرى الجماعة فان قيل يلزم اداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه اجيب بان الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين
واما اذا كان مفترضا فلا كراهة روى ان رسول الله عم فرغ من الظهر فراى رجلين في اخريات الصفوف لم يصليا معه فقال
علي بهما فاتي بهما وفرائصهما ترتعد فقال على رسلكما فاني ابن امرأة تاكل القديد ثم قال ما لكما لم تصليا معنا فقالا كنا صلينا في رحالنا فقال عم
اذا صليتما في رحالكما ثم اتيتما صلوة قوم فصليا معهم واجعلا صلوتكما معهم سبحة اي نافلة قال فان صلى من الفجر ركعة كلامه واضح
وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف انه يصلي اربعا ثلثا مع الامام وركعة بعدما فرغ الامام لان مخالفة الامام بعد فراغه
لا تمنع الاقتداء كالمقيم اذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق فانهما يتمان بعد فراغ الامام والجواب على الظاهر انهما يفعلان ذلك لاداء ما
عليهما وفيما نحن فيه يفعله لماذا والاول اقوى ولا يلزم من جواز المخالفة لامر قوي جوازها لامر ضعيف وقوله ومن دخل مسجدا قد اذن فيه فيه تفصيل
وذلك ان من دخل مسجدا قد اذن فيه فاما ان يكون قد صلى او لم يصل فان لم يصل فاما ان يكون مسجد حيه او لا فان كان كره له ان يخرج قبل
الصلوة لان المؤذن دعاه ليصلي فيه وان لم يكن فان صلوا في مسجد حيه فكذلك لانه صار بالدخول فيه من اهله وان لم يصلوا فيه وهو يخرج
لان يصلي فيه لا باس به لان الواجب عليه ان يصلي في مسجد حيه وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بالخروج الى آخر
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد اما انه يصلي وان كانت الجماعة قد قامت لان سنة الفجر من
اقوى السنن واقواها قال النبي عم صلوهما وان طردتكم الخيل وقال عم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وادراك ركعة من الفجر كادراك الكل قال عم
من ادرك ركعة من الفجر فقد ادرك الصلوة فكان جمعا بين الفضيلتين واما انه يصلي عند باب المسجد فلانه لو صليهما في المسجد كان متنفلا فيه عند
اشتغال الامام بالفريضة وهو مكروه فان لم يكن على باب المسجد موضع للصلوة يصليهما في المسجد خلف سارية من سواري المسجد واشدها كراهة
ان يصليهما مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قبل كل
طلوع الفجر لوجود السبب وقيل يقرب من الفرض لانهما تبع له وقوله وان خشي فوتهما يشير الى انه ان كان يرجو ادراك القعدة يدخل مع
الامام وحكي عن الفقيه ابي جعفر انه على قول ابي حنيفة وابي يوسف يصلي ركعتي الفجر لان ادراك التشهد عندهما كادراك الركعة اصلا مسئلة الجمعة
والفقيه اسمعيل الزاهد كان يقول يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر ورده الامام
السرخسي بان ما وجب بالشروع ليس باقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد ان المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وبان هذا امر بالافتتاح
على قصد ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا واقول اراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالتزييف موجه وان اراد بعده فلا والقصد
للقطع نقض للاكمال فلا باس به وقوله لان ثواب الجماعة اعظم لما روى انه عم قال صلوة الجماعة افضل من صلوة الفذ بسبع وعشرين درجة
وقوله والوعيد بالترك الزم يريد به ما روي ان رسول الله عم قال لقد هممت ان استخلف من يصلي بالناس ثم انظر الجماعة الى من لم يحضر
فامر بعض الفتيان بان يحرقوا بيوتهم وقوله في الحالين يريد بهما حالة خوف فوت كل الفرض وحالة خوف فوت البعض وقوله هو الصحيح

احترازعن قول بعضهم انه لا يقضيها وهذا غير سديد لانه عم فاتته الاربع قبل الظهر فقضاها بعده رواية عائشة رضها وقوله ولا كذلك سنة
الفجر يعني لا يمكن ادائها بعد الفرض ليحصل الفرق وقوله هو المروي عن رسول الله عم يعني قوله عم نوروا بيوتكم بالصلوة ولا تجعلوها قبورا وما
روي ان جميع سنن رسول الله ووتره كان في بيته قال واذا فاتته ركعتا الفجر ومن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه تبقى
نفلا مطلقا اذ السنة ما اداها رسول الله عم ولم يثبت انه اداهما في غير الوقت على الانفراد انما قضاهما تبعا للفرض غداة ليلة التعريس
وليس الكلام فيه وهو اي النفل المطلق مكروه بعد الصبح وقوله وكذا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيهما
قيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه القضاء وان فعل فلا باس ومحمد يقول احب الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم
من حقق الخلاف وقال الخلاف في انه لو قضى كان نفلا مبتدأ او سنة وقوله لاختصاص القضاء بالواجب لان القضاء تسليم مثل الواجب بالامر
وكلامه واضح وقوله وفيما بعده اختلاف المشايخ اي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودة وقال
بعضهم لا يقضيها مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس فلا يقاس عليه فرض وقت لم قيل وهو الصحيح
وقوله واما سائر السنن سواها اي سوى سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما اي سوى سنة الفجر لا تقضى بعد الوقت وحدها وفي
قضائها تبعا للفرائض اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شيء ضمنا يثبت وان لم يثبت قصدا وقيل لا لان مثل يسمى تبعا
لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو الصحيح وقوله ومن ادرك من الظهر ركعة ادرك ركعة من الصلوة الرباعية
ولم يدرك الثلث لم يصل تلك الصلوة بجماعة باتفاق بين اصحابنا وادرك فضل الجماعة اي صار محرز الثواب صلوة صليت بالجماعة
باتفاق ايضا بينهم وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد واجيب عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسى يتوهم
على قوله في الجمعة ان مدرك الامام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيتمها اربعا انه لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك للاقل فكان
ادراك الاقل كعدمه ادراك الجمعة بجزئه ادراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر وقوله ولهذا تفرع على ذلك بالاتفاق
قال في الجامع اذا قال عبده حر ان صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل الكل بهم لانفراده بالبعض ولو قال ان ادرك
الظهر حنث وان ادركهم في التشهد لان المدرك لاخر الشيء مدرك لذلك فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها قال
ومن اتى مسجدا قد صلي فيه اذا فاتت الجماعة رجلا ودخل في مسجد قد صلي فيه واراد الصلوة المكتوبة في مسجد بيته فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة
ما بدا له من السنن الرواتب وغيرها ما دام في الوقت سعة اما اذا لم يمكن بدء بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض عن وقته قيل هذا اي قول محمد
لا باس بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر والعشا مندوب اليه والناس في خيرة بين اتيانه وتركه فاذا لا باس
بالتطوع قبلهما واما التطوع قبل الفجر والظهر فاكد من ذلك لان لهما زيادة مزية قال صلعم صلوهما وان طردتكم الخيل والامر للندب بدليل التاكيد
بقوله وان طردتكم الخيل وقال عم من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم ودلالة على وكادة الاربع اقوى من الاول وهذا قول
فخر الاسلام وشمس الائمة السرخسي وصاحب المحيط وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي رحمهم وقيل هذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع في الجميع بقوله
لانه عم انما واظب عليها عند اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة فان صلى لا يكون سنة انما يكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام
ومثله روي عن الحسن بن زياد والكرخي قال والاولى ان لا يتركها اي السنن الرواتب في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة او منفردا
مقيما او مسافرا هكذا فعل الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة والتابعون ولان المنفرد احوج اليها لافتقاره الى تكميل الثواب الا اذا خاف
فوت الوقت فانه يسعه ان يتركها وقوله ومن انتهى الى الامام اي ادركه في ركوعه فكبر يعني تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهى اليه وهو
قائم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الامام راسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى الى القومة بعد الركوع لا يكون مدركا
لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع او لم يكن وهو مسئلة الكتاب يصير مدركا لها عند
العلماء خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا ادرك الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام حقيقة
لان القائم يفارق القاعد في انتصاب الشق الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه ياتي فيه بتكبيرات العيد التي يوتى بها في حقيقة القيام وهذا الدليل
تام اذا ثبت ان ادراكه فيما له حكم القيام كادراكه في حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ما تقدم ان الاقتداء شركة في افعال ولم توجد في القيام وهو ظاهر

ظاهر ولا في الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر ههنا لحديث ابن عمر رضهما اذا ادركت الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع راسه فقد ادركت
تلك الركعة وان رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز فعله ذلك ولا تفسد به صلوته وان لم يعد
الركوع وقال زفر لا تجزئ اي الصلوة ان لم يعد الركوع لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به لكونه منهيا عنه قال عم انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا
عليه فكذا ما يبنيه عليه لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما لو رفع راسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد وقد
وجد فيجعل مبتدأ لا بانيا عليه فصار كما في الطرف الاول وهو ان يركع معه ويرفع راسه قبل الامام وهذا لان للركوع طرفين والشركة في احدهما كافية
بخلاف ما لو رفع راسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم توجد المشاركة في شيء من الطرفين والله اعلم بالصواب

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان احكام الاداء وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضاء
وهو الخلف عنه ومن فاتته صلوة او فوتها عامدا او جب عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين
الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا وقال الشافعي هو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره
لان الشرط تبع فكان بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان فانه اصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات والصوم فانه فرض مستقل
وهو شرط للاعتكاف الواجب بالاتفاق واجيب بان الاصل ان الشيء اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا
اذا دل الدليل على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا مع بقائه مقصودا وما ذكرتم من ذلك فان الله تع قال ومن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فان
الاحوال شروط وقال صلعم لا اعتكاف الا بالصوم فكانا شرطين بهذين النصين ويدفع المنافاة باختلاف الجهة فخلا من ذلك محل النزاع
ولنا حديث ابن عمر رضع من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى
مع الامام ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة حيث امر باعادة ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من اوجه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل على
وجوب القضاء على النائم والناسي لا غير والوجوب ثابت على كل من فوت الصلوة عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في افادة
الفرضية لا يقال يدل على ذلك بدلالة لانه لما وجب على المعذور فعلى غيره اولى لان ذلك انما يستقيم ان لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس
كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره والعاصي الثاني انه خبر واحد لا يعارض من المشهور فان الجواز يثبت به كما
زالت الشمس مثلا فلو كان الترتيب فرضا جاز ويتم بطل ما ثبت بالمشهور الثالث انكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبرا واحد
فكان تناقضا الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرائط الصلوة لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة
واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضاء الصلوة رحمة والنبي عم موصوف بالرافة بالمؤمنين ومن رافته ان يوجب على
المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولى وعن الثاني بانا ما ابطلنا به العمل بالمشهور بل اخرناه عملا بالحديث الاخر احتياطا وكان ذلك
اهون من ابطال العمل بخبر الواحد اصلا على انهم قالوا انه ليس خبر واحد بل هو مشهور تلقته الائمة بالقبول فانهم اجمعوا على وجوب القضاء
الثابت به وعن الثالث بان العمل بخبر الواحد على وجه يلزم فساد الصلوة بتركها يوجب نسخ قوله تع فاقرؤا ما تيسر من القران وذلك لا يجوز
كما تقدم بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان قوله تع اقم الصلوة لدلوك الشمس يدل على ان هذا الوقت وقت
الظهر ولا تعرض لتقديم الفائتة عليه لا بنفي ولا اثبات وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان
ليس بوقت للفائتة لان وقتها وقت التذكر وهو ناس واما ضيق الوقت فلم يكن متناولا للحديث لان جعل قضاء الفائتة شرط جواز اداء الوقتية
انما هو لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق الوقت واما كثرة الفوائت فلانها في معنى ضيق
الوقت لان الاشتغال بها مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرنا قوله ولو خاف فوت
الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها وقوله ولو قدم الفائتة جاز اي جاز فعله هذا وهو تقديم الفائتة لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها اراد النهي
الذي يستفاد من الامر واوضح هذا المعنى في المبسوط فقال لو بدا بالفائتة اجزاه بخلاف الاول فان هناك هو مامور بالبداءة بالفائتة ولو بدا
بفرض الوقت لم يجزه لان النهي عن البداءة بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها الا يرى انه لو بدا بالتطوع لا لانعدام الوجوب للنهي
فمنع الجواز لهذا وههنا النهي عن البداءة بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا يرى انه نهي عن الاشتغال

بالتطوع ايضا لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه ❁ ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء
هذه المسئلة لبيان ان الترتيب كما انه فرض بين الوقتية والفائتة فكذلك بين الفائتة لنفسها فاذا فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت
في الاصل لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق اي يوم حفره فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي امر بالتشبيه مطلقا والكامل
منه ما يقع على كمه وكيفه فدل على ان الاداء بوصف الترتيب شرط وانما لم يقل كما صليت ليشير وقوله الا ان يزيد الفوائت على ست صلوات استثناء
من قوله رتبها في القضاء ومعناه الا ان تصير الفوائت ستا واختلف الشارحون في تاويل كلامه لان ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعائه
ان يكون الفوائت سبعا لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه والمزيد عليه ست فيصير المجموع سبعة فقال صاحب النهاية المراد
من الصلوات اوقاتها فان فوت الصلوة السابعة ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان يزيد الفوائت على ست اوقات وذلك انما
يكون بفوت السابعة وليس بمراد وقيل اراد اوقات الفوائت بحذف المضاف ورد بانه يستدعي زيادة الاوقات على ست
صلوات وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل اراد بالفوائت الاوقات ومعناه الا ان يزيد الاوقات على ست
صلوات ورد بشموله ما تقدم عليه من الوجهين وهو ان الزيادة لا بد وان يكون من جنس المزيد عليه وذلك معدوم في هذه التاويلات
كلها كما ترى والحق ان يقدر مضافان وتقديره الا ان يزيد اوقات الفوائت على اوقات ست صلوات بحيث يدخل الاوقات دون خروجها
وانما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت لان الكثرة لما افادت سقوطه في اعتبارها فلان يفيده في نفسها اولى وقيل لعدم
القائل بالفصل وقوله وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا الا ان قوله لان الكثرة بالدخول في حد التكرار فيه كلام وهو ان الكثرة امر اضافي جاز اطلاقها
على ما هو ازيد مما دونه فما وجه الدخول في حد التكرار ويجوز ان يقال اصل ذلك القضاء بالاغماء وقد ثبت ان عليا رض اغمي عليه اقل من يوم وليلة
فقضى الصلوات وعمار بن ياسر اغمي عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر رض اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل على ان التكرار
معتبر وقوله ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة صورته رجل ترك صلوة شهر سفها ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل
باداء الصلوة في مواقيتها فقبل ان يقضي تلك الفوائت ترك صلوات دون الست وصلى صلوة اخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة
قال بعض المتاخرين من مشائخنا يجوز هذه لكثرة الفوائت والاشتغال بالحديثة ليس باولى من الاشتغال بتلك والاشتغال بالكل يفوت
الوقتية عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوى وقال بعضهم لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون وان لا يصير المعصية
وسيلة الى اليسر والتخفيف وقوله ولو قضى بعض الفوائت صورته ان ترك الرجل صلوة شهر ثم قضيها الا صلوة او صلوتين
ثم صلى صلوة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل يجوز الوقتية او لم يجز عن محمد فيه روايتان ومال الى عدم الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره
بعض المشائخ والمص ومال الى الجواز ابو حفص الكبير واختاره من المشائخ فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب المحيط وقاضي خان وغيرهم قال في
النهاية وعليه الفتوى ووجهه ان الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كالحوض النجس دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد
الى القلة لا يصير نجسا قال المص عن الاول وهو الاظهر يعني دراية ورواية اما دراية فلان علة السقوط الكثرة المفضية الى الحرج ولم تبق
بالعود الى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته فكان كحق الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود واما رواية
فلما روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل اي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال يعني
سواء قدمها على الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفائت في حد القلة لانه متى ادى صلوة من
الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز وان اخرها اي اخر الوقتيات عن الفوائت
فكذلك اي لا يجوز الوقتيات الا العشاء الاخيرة فانها جائزة اما فساد ما وراء العشاء الاخيرة من الوقتيات فلانه كلما صلى فائتة عادت
الفوائت اربعا ففسدت الوقتية ضرورة واما جواز العشاء الاخيرة فلما ذكره انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها والظن متى لاقى فصلا
مجتهدا فيه وقع معتبرا وان كان خطا والترتيب لا يوجبه الشافعي رض فكان ظنه موافقا لرايه وصار كما اذا عفى احد من له القصاص
وظن صاحبه ان عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه ومعلوم ان هذا قتل بغير حق لكن لما كان متاولا ومجتهدا
صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص ونوقض بما اذا صلى الظهر على غير وضوء ناسيا ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا للظهر وهو يحسب

انه يجزيه فعليه ان يعيدهما جميعا وعلى قياس ما ذكر ههنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها كان ينبغي ان لا يجب عليه قضاء العصر ثانيا لانه
لما قضى الظهر قد وقع في ظنه انه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي فكان ظنه
ههنا ايضا موافقا لمذهبه كما ذكرتم واجيب بان فساد الصلوة بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر اثره فيما يؤدي بعده واما فساده
بسبب ترك الترتيب فضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى صلوة اخرى وقوله ومن صلى العصر مسئلة الترتيب ولكن ذكرها تمهيدا
للاختلاف المذكور بعدها وفي ضيق الوقت كلام فيما مضى لم نتكلم فلنتكلم ههنا وهو ان الاعتبار في ضيق الوقت لاصل الوقت او للوقت المستحب
حكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار باصل الوقت وعند محمد بالوقت المستحب وعلى هذا ينبني
من المسئلة ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلوتين قبل غروب الشفق سقط الترتيب
وعليه اداء العصر وان امكنه اداء الظهر قبل تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافا لمحمد لان معنى الكراهة يسقط الترتيب لخوف فوات اصل الوقت
وان لم يمكنه اداء الظهر قبل تغيرها سقط الترتيب لان اداء شيء من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك الوقت وقت عصر اليوم ليس الا
وقوله واذا فسدت الفريضة يبطل اصل الصلوة يعني تنقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وعند محمد يبطل والفائدة تظهر ايضا فيما
اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلوة فانه ينتقض طهارته عندهما خلافا لمحمد فان التحريمة عقدت للفرض وهو واضح وكل ما عقد لاجله التحريمة اذا بطل
بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله واذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان التحريمة عقدت لاصل الصلوة موصوفا
بوصف الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الموصوف وفيه بحث من وجهين الاول ان الوصف يجوز ان يكون محصلا
لاصله فكان كالفصل المنوع فيبطل الاصل ببطلانه والثاني ان وصف الفرضية اما ان يكون له مدخل فيما انعقد التحريمة لاجله اولا لا سبيل
الى الثاني لان وقت الصلوة ظرف لا بد من التمييز بوصف يحصل به تعيين ما احرم له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجازت الاحرام بدون
التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الاول فكان جزءا والكل ينتفي بانتفاء جزئه والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون
محصلا لان المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بان للوصف مدخلا لما انعقد له التحريمة لا من حيث
تحصيله حتى يكون جزءا بل من حيث نفي غيره مما يزاحمه في الوقت واذا لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا فسد العصر فسد
فسادا موقوفا عند ابي حنيفة حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا فسادا باتا لا جواز له بحال لان
سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم لعلة يتاخر عن علته فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما
قبلها وهو القياس ولابي حنيفة ان الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت فترتب عليها السقوط وهما لما جاز ان يكون علة لما سياتي
من الصلوات جاز ان يكون لكل واحد من احادها لانه ليس كل واحدة من احادها جزءا متقدما عليها فكيف تكون معلولة لانها تستحيل
جزءا من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متاخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحدة منها قبل الكثرة وهذا
وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلوة وفسادها بطريق التبين غير عزيز في الشرع الا يرى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان افاض
الى المزدلفة ووقت العشا تنقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يفض اليها بل توجه من طريق آخر الى مكة صحت
وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلبت الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا
انقطع دمها دون عادتها وصلت ثم عاودها الدم تبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة وقوله وقد عرف ذلك في
موضعه يعني في كتاب الصلوة وقوله ولو صلى الفجر وهو ذاكر الوتر وقوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما
يكون بين الفرائض لا غير وقوله وعلى هذا اي على هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما وقوله فعنده يعيد
العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا آخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لان دخول وقته
بعد اداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد فكان هو مصليا قبل وقته ايضا

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابر النقصان يقع فيهما وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل في
الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب قوله يسجد للسهو ظاهر وقوله

فعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان في المعارضة بين الحجتين المصير الى ما بعدهما وههنا صير الى ما قبلهما
وهو القول لان موجبه دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير جائز واجيب عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يكن حجة وفيهما
واما اذا كانت فقد يصار اليها وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى يلزم ذلك وانما جعلناه حجة
بعد تعارض الفعلين وتهاترهما وفي ما ذكر احتمال الفعلين جميعا لا يكاد يصح فيحمل ما رواه الشافعي على ما اذا كان السهو بالنقصان وما رواه اصحابنا
على ما اذا كان السهو بالزيادة وهو مرجح بالقول فانه لا يفصل روى ثوبان رضع ان النبي عم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام وقوله ولان سجود
السهو مما لا يتكرر دليل معقول على اولوية التاخير وبيانه ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتاخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا انه تاخر لضرورة
ان لا يتكرر لانه اذا سجد زمان سهوه وامكن ان يسهو بعده فان سهى فاما ان يسجد ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لازم لا جابر له وان سجد تكرر السجود
وهو غير مشروع بالاجماع فيلزم التاخر عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزمه السجدة لتاخر السلام
فيؤخر عنه لينجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية واما لو اتى بها قبل التسليم جاز عندنا ايضا في رواية الاصول وروى انه
لا يجزيه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انا لو لم نجزه لامرناه بالاعادة وتكرر السجود ولم يقل به احد فلان يكون فعله على وجه قال به بعض العلما
اولى من ان يكون على وجه لم يقل به احد منهم وقوله هو الصحيح احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح رحمه وهو ان يسلم تسليمة
واحدة تلقاء وجهه عند فخر الاسلام لان التحريف لمعنى التحية لا التحليل يعني ان للسلام حكمين التحية للقوم والتحليل والاول ليس مرادا في هذا السلام
لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا بطل يعني التحية لا ينحرف وجه الصحيح ما قاله المص صرفا للسلام المذكور يعني في الحديث
الى ما هو المعهود في الصلوة ونسب صدر الاسلام قائل التسليمة الواحدة الى البدعة وقوله ويأتي بالصلوة على النبي عم اختلفوا
في الصلوة على النبي عم والدعوات انها في قعدة الصلوة او في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بها فيهما لان كل قعدة في آخرها سلام ففيها صلوة
على النبي عم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمص وقال هو الصحيح لان الدعا موضعه آخر الصلوة ومنهم من قال في
المسئلة اختلاف بين العلما عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخرة بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه
من الصلوة عندهما فكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متقرر فلو كان هذه المسئلة مبنية
على ذلك لكان الصحيح مذهبهما ويلزمه السهو هذا البيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم
من ذلك انه اي زيادة ونقصان يوجبه ففسره ههنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلوة ليس منها كما اذا اتى بركوعين او ثلث سجدات
وهذا اي قوله يلزمه السهو يدل على ان سجدة السهو واجبة وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول من قال من اصحابنا انه سنة وقوله لانها
تجب ظاهر وقوله وانما وجبت بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تاخيره فان لقائل ان
يقول تجب بالزيادة ايضا ولا ترك هناك ولا تاخير فقال الزيادة لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب وقوله ويلزمه اذا ترك فعلا
مسنونا بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلوة كالتشهد في القعدة الاولى وقوله او
ترك قراءة فاتحة الكتاب لبيان انها كما تجب لترك الافعال تجب لترك الاذكار واعلم ان سجدة السهو عرفت بفعل رسول الله صلعم
وما نقل عنه ذلك الا في الافعال فكان القياس ان لا يجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيهما لانها شرعت جبر النقصان وثبت النقصان
بتركها ايضا فلا بد من الجبر بالسجدة وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت في الوتر او التشهد في القعدة الاولى او الثانية او تكبيرات العيد
يجب السجدة لانها واجبات لمواظبة النبي عم عليها من غير ترك وهي من امارات الوجوب وقد ذكر انها يجب لترك واجب ولانها تضاف
الى جميع الصلوة يقال تكبيرات صلوة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلوة فدل على انها من خصائص الصلوة لان الاضافة دليل
الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان اختصاص الشي بالشي يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود والخصائص
جمع خصيصة بمعنى المخلص كالشريك بمعنى المشارك وقوله وكل ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما واجب
وفيهما سجدة واعترض بان اطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلوة بتركها واجيب بان المراد
بتركها تاخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التاخير نوع ترك وتاخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه تمشي بان يكون المراد بالواجب

اليها ظاهر ولم يذكر ان الضم واجب او مستحبة او جائز ولفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فيه عليه ان يضيف وكلمة
على للايجاب وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انهما تنوبان عن سنة الظهر وجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريقة
النبي عم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتدءة قصدا وقوله ويسجد للسهو استحسانا يعني ان القياس ان لا يسجد لان هذا سهو وقع
في الفرض وقد انتقل منه الى النفل ومن سهى في صلوة لا يجب عليه ان يسجد في صلوة اخرى وجه الاستحسان ان النقصان قد تمكن
في الفرض بالخروج منه لا على وجه المسنون وهو الخروج باصابة لفظة السلام وهذا مذهب محمد وفي النفل بالدخول لا على وجه
المسنون وهو الشروع فيه بتحريمة مبتدءة وهذا مذهب ابي يوسف وكل واحد منهما يوجب السجدة وانما قدم قول محمد
لان المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل من غير تسليم ولا تكبير تحريمة بعد ذلك نقصا في النفل لانه احد وجهي الشروع
في النفل وانما هو نقص في الفرض ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعل في حق وجوب سجدة السهو كانهما صلوة واحدة كمن
تنفل بست ركعات بتسليمة واحدة وسهى في الاولى فانه يسجد للسهو في آخر الصلوة وان كان كل شفع منها صلوة على حدة لكون
التحريمة واحدة ولو قطعهما لم يلزمه القضا لانه مظنون خلافا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه يبقى عنده في نفل لازم وان
تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن عليه فسقط اصلا كيلا يلزم الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى
انسان به فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى في الخامسة يأتي بعد الامام باربع ركعات وان اقتدى به في السادسة يأتي بعده
بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه ما ادى بها
الامام وقد ادى ستا وعندهما لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسده المقتدي لا قضا عليه
عند محمد اعتبارا بما اذا افسده الامام فان حال الماموم لا يكون اقوى حالا من الامام واللازم زيادة الفرع على الاصل وعند ابي
يوسف يقتضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام تقريره ان المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن
الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق الماموم لبناء صلوته على صلوة الامام وح يجب القضا عليهما جميعا عملا بالمقتضي الا انه
سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا عن قصد التطوع وما خص به لا يتعدى الى غيره وعلى هذا يلزم بناء القوي
على الضعيف لان صلوة الامام ايضا بالنظر الى وجود المقتضي قوي وفرق ابو يوسف بين هذه وبين ما اذا لم يقعد على
الرابعة بان هناك بطل فرضه وكان الاحرام في الابتداء منعقدا للست ركعات فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب
تلك التحريمة واما ههنا فقد تم فرضه كما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين والحاصل
ان هناك صلوة واحدة فيلزم الجميع وههنا صلوتين فيلزم الاخيرة قيل كان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي يوسف
بدليل ما تقدم في قوله وعندهما ركعتين وبدليل ما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لانه ذكر في النوادر
الاختلاف على ما وقع في الكتاب فلعل المص وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما متفقين في مسئلة اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مسئلتان
ومن صلى ركعتين تطوعا الاصل ان وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلوة غير مشروع ثم اما ان يكون الشفعان في صلوة التطوع
او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس
بصواب ليس له ذلك لانه يبطل السجدة بلا ضرورة لان ما ادى صحة بدون ما يبني فلا ضرورة في البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض
الواجب والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع ذلك صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على ذلك ينبغي ان يعيد سجدتي السهو
لانه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلوة فلا يعتد بهما فكان عليه الاعادة وان كان الثاني كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة
فله ذلك لانه لو لم يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت صلوته وفي البناء نقض للواجب وفي نقض الواجب اداء فيتحمل دفعا للاعلى وقوله
ومن سلم وعليه سجدة السهو اصل هذه المسئلة واخواتها ان سلام من عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلوة عند محمد وهو قول
زفر لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما يخرجه خروجا موقوفا على معنى انه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا ولمحمد ان السجدة
وجبت جبر النقصان يمكن في المودي بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائما وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلا للغرض المطلوب

ولنا ان السلام محلل في نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة الى ادا السجدة ولا ضرورة اذا لم يعد فيعمل عمله لتحقق المقتضي
وزوال الموانع وهذا يخرج الى تخصيص العلة كما ترى والمخلص معلوم لا يقال اذا كان بقا التحريمة ضرورة ادا السجدة ينبغي ان لا يتعدى الى جواز
الاقتدا لانه تشكيك في المجمع عليه فلا يكون مسموعا واذا عرف هذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عند محمد الاقتدا صحيح
على سبيل الثبات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده تنتقض الطهارة لبقا التحريمة خلافا لهما
ومنها تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده يتغير لكونهما في حرمة الصلوة كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لانهما لم يكونا في حرمة
الصلوة فان قيل اذا كان الخروج موقوفا كان خارجا من وجه دون وجه وذلك يستدعي ان يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده
احتياطا اجيب بانه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود وكما سنذكر وقوله ومن
سلم يريد به قطع الصلوة يعني في عزمه ان لا يسجد للسهو فعليه ان يسجد للسهو في مجلسه قبل ان يقوم او يتكلم وفي رواية قبل ان يتكلم او يخرج
من المسجد وهذه تفيد ان الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع عنه وقوله لان هذا السلام اي سلام من عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق
اما عند محمد فلانه لم يشرع محللا واما عندهما فلانه وان كان محللا فهو محلل على سبيل التوقف لا على سبيل الثبات وكل ما لم يشرع قاطعا
لا يقطع الصلوة فدل على ان القطع لا يحصل بالسلام فبقيت نيته وهي لا تصلح للقطع ايضا لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعا فجعله
قاطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزائم واعترض بوجهين احدهما ان السلام وحده مخرج عن حرمة الصلوة عندهما
فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا تناقض فان غاية ما في الباب ان لا يكون النية معتبرة فاما السلام وحده فموجود
فكانهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني ان نية الاشراك تغير اصل المشروع ومع ذلك اذا نواه غير الايمان في الحال
والجواب عن الاول ان سلام من عليه السهو مخرج عن احرام الصلوة لكن على عرضية العود اليه بالسجود من غير تفرقة بين ان ينوي
العود او ينوي عدم العود او لم ينو شيئا فانه لا معتبر للنية والمسئلة الاولى كانت لبيان التقييد ولا تناقض في ذلك وعن الثاني بان
كلامنا ان الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع وهو يريد ان يجعله قاطعا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير للمشروع وليس من قصد
من ينوي الاشراك ان يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتامله يغنيك عما طول في الكتب فصل ومن شك
في كمية ما صلى فلا يخلو اما ان يكون اول ما عرض له الشك او لا فان كان الاول استانف الصلوة واختلفوا في معنى قوله اول ما عرض له
قال صاحب الاجناس معناه اول ما سهى في عمره وقال شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة له لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام
اي في هذه الصلوة وهما قريبان وان كان الثاني وهو ان يعرض له الشك كثيرا فلا يخلو اما ان يكون له راي او لا فان كان بنى عليه وان لم يكن
بنى على الاقل وهذا لانه روي عن النبي عم انه قال اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وروي انه عم قال من شك في
صلوته فليتحر الصواب وروي انه عم قال من شك في صلوته فلم يدر اثلثا ام اربعا بنى على الاقل ومعلوم ان التوفيق لا بد منه بين الادلة
مهما امكن وقد امكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستقبال
وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر على التحري الذي
هو طلب الاحرى والاحرى هو ما يكون اكبر رايه عليه وتعين الثالث للثالثة لمقتضى الشك والامر بالبنا على الاقل وقوله والاستقبال بالسلام
اولى يتعلق باولى الصور يعني اذا استانف فالاستيناف بالسلام اولى لان الكلام او مجرد النية لانه اي السلام عرف محللا دون
الكلام ومجرد النية لغو ما لم يتصل بالعمل القاطع وقوله وعند البنا على الاقل يتعلق باخرها وبيان ذلك ان الشك اذا وقع
في ذوات الاربع انها الاولى او الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شي بنى على الاقل فيجعلها اولى ثم يقعد لجواز انها ثانية
والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة لغوي ويقعد لانا جعلناها ثانية في الحكم ثم يقوم ويصلي ركعة لغوي ويقعد لجواز انها رابعة
ثم يقوم ويصلي ركعة لغوي ويقعد لانا جعلناها في الحكم رابعة والقعدة فيها فرض وذوات الثلث على هذا القياس وان وقع الشك
بعد الفراغ من التشهد وبعد السلام حمل على انه اتم الصلوة حملا لامره على الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام

باب صلوة المريض

ذكر صلوة المريض عقيب سجود السهو لانهما من العوارض السماوية والاول
اعم موقعا لانه يتناول صلوة المريض والصحيح فكانت الحاجة الى بيانه امس فقدمه اذا عجز المريض بان يلحقه بالقيام ضرر
صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن الحصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء واذا كان
قادرا على بعض دون تمامه قال ابو جعفر يؤمر بان يقوم مقدار ما يقدر فاذا عجز قعد لان الطاعة بحسب الطاقة وان قدر على القيام
متكيا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه يصلي قائما متكيا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر ان يعتمد على عصا او كان له خادم لو اتكا
عليه قدر على فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه اي الايماء
قائم مقام الركوع والسجود فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم
براسك فان فعل ذلك فاما ان يخفض راسه للركوع والسجود او لا فان خفض جاز لوجود الايماء والا فلا لعدمه فان لم يستطع القعود
استلقى على ظهره ويجعل وسادة تحت راسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء
عن الايماء فكيف بالمرضى لقوله عم يصلي المريض الحديث واختلف في معنى قوله عم فالله تع احق بقبول العذر منه فمن لم يقل بسقوط
القضاء عنه عند عدم القدرة على الايماء قال احق بقبول عذر التاخير دون الاسقاط ومن قال بسقوطه عند ذلك قال احق بقبول عذر
الاسقاط وهو الاصح وقوله لما روينا من قبل اي من حديث عمران بن الحصين الا ان الاولى اي الرواية او الهيئة او الفعلة الاخرى
هي الاولى عندنا لانه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والحالة حالة عذر جاز العمل بكل منهما الا ان
ما ذكرنا اولى لان المعقول معنا فان اشارة المستلقي تقع الى هوا الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه اي بهوا
الكعبة تتادى الصلوة فان عجز عن الايماء براسه اخرت عنه وقوله لما روينا من قبل اشارة الى قوله عم ان قدرت
ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك اقتصر على الراس في موضع البيان ولو جاز غيره لبينه وقوله ولا قياس على الراس
جواب عما يقال ليس هذا من باب نصب الابدال بالراي بل بالقياس على الراس وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من يقول
الصحيح انه يسقط عنه الصلوة اذا كان العجز اكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضي خان وغيرهم رحمهم الله
قال في فتاوى قاضي خان والاول اصح ان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب فصل وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع
والسجود قال زفر والشافعي اذا قدر على القيام دون الركوع والسجود لم يسقط عنه القيام لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز
عن ادراك ركن اخر ولنا ان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فانه بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان
لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود فان عند الايماء قاعدا يصير راسه اقرب
الى الارض من الايماء قائما فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص لان حديث عمران بن الحصين يدل على ان المصير الى القعود
انما هو عند العجز عن القيام والمفروض خلافه اجيب بانه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود بدليل
انه ذكر الايماء في حال ما يصلي على الجنب فدل على ان المراد بحالة القيام القدرة على الاركان قوله وان صلى بعض صلوته قا
تام وقوله بنا على اختلافهم في الاقتدا يعني ان كل فصل جوز الاقتدا فيه جوز بنا آخر الصلوة على اولها ههنا وما لا فلا
عند محمد لا يقتدي القائم بالقاعد فكذا لا يبني في حق نفسه وعندهما القائم يقتدي بالقاعد فكذا يبني في حق نفسه وقوله ومن
بما افتتح الصحيح التطوع قاعدا او ادى بعض صلوته قاعدا ثم بدا له ان يقوم فقام وصلى الباقي قائما اجزاه بالاجماع وهذا
الاصل المذكور يقتضي ان لا يجوز على قول محمد واجيب بان تحريمة المريض لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع
في الصلوة فلم يبن على ما انعقدت تحريمته واما تحريمة المتطوع فقد انعقدت للقيام ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه
لكونهما تساوي تحريمته وقوله استانف عندهم جميعا يعني العلماء الثلثة فان لزفر فيه خلافا على ما مر ان من اصله جواز اقتدا
الراكع بالمومي وقوله ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا اي تعب لا باس بان يتوكا اي يتكي يعني ان من شرع في النفل ثم
اعيا فلا يخلو اما ان يكون بعذر او بغيره فان كان بعذر كالاعيا فلا باس به وان كان بغير عذر فقد اختلف المشايخ فيه فقيل
يكره لانه اساءة في الادب الا يرى انه لم يخير المتطوع في الابتدا بينه وبين القيام والقعود وقيل لا يكره عند ابي حنيفة

لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكا الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره ويكره عندهما لان القعود لا يجوز عندهما فيكون الاتكا
الذي هو فوقه جائزا مكروها وقوله وان قعد يعني بعد ما افتتح قائما بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده وعندهما لا تجوز وفي كلامه تسامح
لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق واجاب الامام حميد الدين الضرير بان المراد من هذا انه لو صلى ركعة قائما ثم
قعد في الثانية ليقرأ لا عيانا ثم قام واتم الثانية قائما فان هذه الصلوة جائزة مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده اذا كان لا عيا
فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون مكروها وكذا ان ترك ذكر الاعيا والمسئلة بحالها قال بعض الشارحين على تقدير ان
يثبت بالنقل ان ذلك مكروه بالاتفاق يخالف قوله قبيل هذا لو قعد يجوز عنده من غير عذر من غير ذكر كراهة وكذا يخالف اطلاق ما ذكر
في باب النوافل ويجوز ان يقال ذكر في مبسوط فخر الاسلام وجامع ابي المعين انه لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح لان الابتداء
على هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقا اولى لان حكم البقا اسهل من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على ان ثمه غير صحيح فالاطلاق ههنا
وفي باب النوافل يكون على الصحيح وقوله يكره بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب فاقهم ومن صلى
في السفينة قاعدا . المصلي في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام اولا فان كان عاجزا جاز ان يصلي قاعدا بالاتفاق وان لم يكن فاما
ان يكون السفينة سارية او راسية فان كانت راسية لم تجزه الصلوة قاعدا بالاتفاق وان كانت سارية جاز عند ابي حنيفة والقيام
افضل وقالا لا يجزئ وهو القياس لان القيام مقدور عليه والمقدور عليه لا يترك وله وهو وجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب
السفينة دوران الراس عند القيام والغالب كالمتحقق الا يرى ان نوم المضطجع جعل حدثا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شي لزوال
الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيف ما دارت السفينة سواء كان عند الافتتاح او في خلال
الصلوة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا قادر والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا آنفا انها اذا
كانت راسية لم يجزه القعود بالاتفاق وهو المراد بقوله والمربوطة كالشط وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه ايضا على الخلاف
والموثوقة بالنحر في لجة البحر وهي يضطرب قيل كالجمل وجهين والاصح ان الريح ان كانت تحركها تحريكا شديدا فهي كالسارية والا فهي
كالراسية ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضا اذا استوعب الاغما
وقت صلوة كاملا وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه في اربع صلوات
فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه في ثلثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء
واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم وليلة لانه تدخل في حد التكرار وقوله والجنون كالاغما جواب عن قياس الاغما
على الجنون على زعم ان الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضا ووجهه ان الجنون كالاغما ان كان اكثر من يوم وليلة سقط
القضا والا فلا كذا ذكره ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلوة وقوله بخلاف النوم متعلق بقوله وان كان اكثر من ذلك لم يقض يعني
ان النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضا لان امتداده الى هذا الحد نادر لا عبرة به فالحق المتعذر منه بالقاصر وقوله ثم الزيادة تعتبر من
حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد تعتبر من حيث
الصلوات ما لم تصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضا وان كان من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما تظهر ثمرة الاختلاف
فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضا عليه في قول ابي يوسف
وعلى قول محمد يجب عليه القضا لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد
وهو المذكور في اصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق به اي بفوات ست صلوات وهي المفضي الى الحرج
المسقط للقضا فيكون الاعتبار به وقوله وهو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم اي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب ان يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلوة
المريض بعارض سماوي كالسهو الحقتها المناسبة بها فتاخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل
كان الواجب ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كانت سببا للسماع ايضا

السفر فعل ومجرد القصد لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجرد النية ويجي نظيره في كتاب الزكوة في العبد للخدمة ينوي ان يكون
للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلوة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلثة ايام وسقوط
وجوب الجمعة والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فان قيل لما كان القصد لا بد منه للتغير فلذلك بمجاوزة بيوت
المصر ولم يذكره اجيب بانه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكرتم من شرط تغيره وسنذكره وقوله سير الابل بالنصب بدل عن قوله
مسيرة ثلثة ايام وقوله عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير معناه ان الالف واللام في قوله المسافر للجنس لعدم معهود فيكون
الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم ان يكون التقدير بثلثة ايام ايضا عاما بالنسبة الى ذلك والا لكان
نقيضه صادقا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلثة ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع ان كانت الجملة خبرية معنى ايضا
او عدم الامتثال لامره ان كانت طلبية وذلك لا يجوز ايضا واعترض بوجهين احدهما ان هذا انما يلزم ان لو كان ثلثة ايام ظرفا
للمسح ولم لا يجوز ان يكون ظرفا لقوله والمسافر حتى يكون معناه والمسافر ثلثة ايام ولياليها يمسح وتخصيص الشي بالذكر لا يدل
على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر يوما وليلة او اقل يمسح بدليل آخر وهو ما روي عن ابن عباس ان النبي عم قال يا اهل مكة
لا تقصروا في ادنى من اربعة برد من مكة الى عسفان والثاني انه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلثة ايام ولياليها
وذلك ليس بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة
جدا حتى كان سفيان يزريه بالكذب فبقي القول بالمسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل سلمناه لكن لا يجوز ان يكون ثلثة ايام ظرفا
للمسافر والا لكان في قوله يمسح المقيم يوما وليلة كذلك فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور وفي ذلك التسوية
بين حكم الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر تيسيرا
وقدر ابو يوسف وهو رواية المعلى عنه بيومين واكثر اليوم الثالث لان الانسان قد يسافر مسيرة ثلثة ايام فيعجل السير
فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك والشافعي قدره في قول بيوم وليلة وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب
وكفى بالسنة يعني ما رويناه حجة عليهما وقوله وهو قريب من الاول اي التقدير بثلث مراحل قريب الى التقدير بثلثة ايام لان
المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصا في اقصر ايام السنة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ
ثم اختلفوا فقال بعضهم احد وعشرون فرسخا وقال آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله ولا يعتبر السير في الماء يعني اذا
كان الموضع طريقان احدهما في الماء يقطع بثلثة ايام ولياليها اذا كانت الريح معتدلة والثاني في البر يقطع بيوم او بيومين لا يعتبر
احدهما بالآخر فان ذهب الى طريق الماء قصر وان ذهب الى طريق البر اتم ولو انعكس انعكس الحكم وانما المعتبر في البحر ما يليق بحاله
يعتبر السير فيه ثلثة ايام ولياليها بعد ان كان الريح مستوية لا ساكنة ولا عالية كما في الجبل فانه يعتبر ثلثة ايام ولياليها في السير فيه
وان كانت تلك المسافة في السهل يقطع بما دونها فافهم وفرض المسافر في الرباعية ركعتان . القصر في حق المسافر رخصة اسقاط
عندنا وربما عبر بعض المشايخ عنه بالعزيمة ورخصة عند الشافعي اي رخصة ترفيه فرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما وعنده فرضه
الاربع واعتبره بالصوم قال هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يوثم على تركه وهذه
آية النافلة وهو ظاهر وقوله بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم بان الصوم يقضى يعني ان ترك الشي بلا بدل واثم علامة
كونه نافلة وما ذكرتم ترك ببدل وهو القضا فلا يرد علينا وفيه بحث من وجهين احدهما ان هذا تعليل في مقابلة النص لان الله تعالى
قال فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلوة ولفظة لا جناح تذكر للاباحة دون الواجب ولان النبي عم سماه صدقة والمتصدق
عليه بالخيار في القبول وعدمه والثاني ان المقتدي لو لم يجب ليس عليه قضا ولا اثم واذا جاز كان فرضا فلم يكن ما ذكر آية النافلة والجواب
عن الاول ان النص مشترك الالزام اما الآية فلان الله تعالى قال ان تقصروا من الصلوة ان خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس
بشرط لقصر ذات الصلوة بالاتفاق ولا بد من اعماله فكان متعلقا بقصر الاوصاف من ترك القيام الى القعود او ترك الركوع
والسجود الى الايماء لخوف عدو او عجزه وعندنا قصر الاوصاف عند الخوف مباح لا واجب واما الحديث فلان المتصدق

بما لا يحتمل التمليك من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان يكون من مفترض الطاعة
اولى وعن الك بانه لما اتى مكة صار مستطيعا فيفترض عليه ويأثم بتركها كالاغنياء قوله وان صلى اربعا ظاهر وقوله وان لم يقعد
قدرها اى قدر قعدة التشهد بطلت صلوته لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها قيل
احتياج صلوة المسافر الى القراة كاحتياجها الى القعدة واذا لم يقرء في الركعتين وقام الى الثالثة ونوى الاقامة وقرء في الاخريين
جازت صلوته عندهما خلافا لمحمد فكيف تبطل بترك القعدة واجيب بان كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاولى واتم اربعا من غير
نية الاقامة لا يكون فيه اختلاط النافلة بالفرض قبل كماله وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة صار فرضه اربعا وصار
قراءة في الاخريين قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم تبق فرضا وانما يصير مسافرا ببعض الصلوة اذا فارق بيوت المصر من
الجانب الذي يخرج منه وان كان في غيره من الجوانب بيوت لان السفر ضد الاقامة والشيء اذا تعلق بشيء تعلق ضده بضده
وحكم الاقامة وهو الاتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه وفيه الاثر عن علي رض روي انه خرج من البصرة
يريد السفر فحان وقت الصلوة فاتمها ثم نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا والخص بيت من قصب
واختلفوا في قدر الانفصال من المصر قال الامام التمرتاشي الاشبه ان يكون قدر غلوة واعترض بان صلوة الجمعة والعيدين
تجوز اقامتهما في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام الا في المصر فان كان هذا الموضع منه كيف جاز القصر وان لم يكن منه كيف جازت
هذه الصلوات واجيب بان فناء المصر انما يلحق به فيما كان من حوائج اهله وقصر الصلوة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى
ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما وقوله او اكثر زائد وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا
نوى اقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو واحتج للاول بقوله تع واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح
ان تقصروا من الصلوة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا
انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع وللثاني بقول عثمان من اقام اربعا اتم ولم يذكر النية وليس بصحيح لان ترك الضرب
يحصل بنية ثلثة ايام ايضا والاجماع على عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان خلاف
ذلك ايضا فلا يكون حجة ولنا ما ذكر انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرنا بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان
فان مدة الطهر توجب اعادة ما سقط بالحيض والاقامة توجب ما سقط بالسفر فكما قدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك
يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض والسفر بثلثة ايام لكونهما مسقطان وهو اي التقدير بمدة الطهر ماثور روي
مجاهد عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل الصلوة
وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول الله عم لان العقل لا يهتدي
الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف فكان قولهم معتمدا على السماع ضرورة لا يقال كلامه متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر
وذلك راي منه ثم قال والاثر في مثله يعني ما لا يعقل من المقدرات الشرعية كالخبر لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت اصله بالاثر
ان يثبت ذلك بالراي لانه لا مدخل له فيه وقوله وهو الظاهر اي الظاهر من الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان
الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلاء والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما والماء والكلاء يكفيهم لتلك المدة صاروا مقيمين وكذلك
اهل الاخبية وقالوا نية الاقامة في المفازة انما لا تصح اذا سار ثلثة ايام بنية السفر فاما قبل ذلك فيصح لان السفر لما لم يتم علة
كانت نية الاقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة واذا سار ثلثة ايام ثم نوى كان ابتداء ايجاب فلا تصح الا في ذكره فخر الاسلام في
اصوله في العوارض المكتسبة وقوله ولو دخل مصرا واذربيجان بفتح الهمزة والراء وسكون الذال المعجمة وقوله
وعن جماعة مثل ذلك وروي عن سعد بن ابي وقاص انه اقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر وكذلك علقمة بن
قيس اقام بخوارزم سنتين يقصر الصلوة وكذلك روي عن ابن عباس لا يقال هذا مخالف لقوله تع واذا ضربتم في
الارض على ما مر من التقرير لان المراد به قصر الصفات كما تقدم وقوله اذا دخل العسكر ارض الحرب حاصل معناه ان نيتهم

نيتهم لم تصادف محلها لان محلها ما يكون محل قرار وليس الا وهذا دائر بين الفرار والقرار كما ذكر في الكتاب فلم يكن دار اقامة ويعضده
ما روى جابر بن عبد الله ان رسول الله عم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلوة وقوله وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام
انما ذكره وكان يعلم حكمه من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح لانها منقطعة عن دار الاسلام
فكانت كالمفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل الاسلام فكان ينبغي ان تصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر فقال لان حالهم مبطل
عزيمتهم يشير الى ان المحل وان كان صالحا للنية لكن ثمه مانعا آخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل انزعجوا فلا يكون نيتهم مستقرة
وهذا التعليل يدل على ان قوله في غير مصر وقوله في البحر بقيد حتى لو نزلوا مدينة اهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم ايضا لان مدينتهم
كالمفازة عند حصول المقصود لا يقيمون فيها وقوله في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي وقوله لانه موضع اقامة اي
بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية بان موضع الاقامة والقرار هو الابنية دون
الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من يقول لا تصح ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح
انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للمرء اصل والسفر عارض يحصل عند قصد الانتقال الى مكان بينه وبينه مدة السفر
وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين ابدا قال وان اقتدى المسافر بالمقيم بين بهذا
حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه والثاني يجوز في الوقت وبعد خروجه
وعلى هذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت اتم صلوته اربعا لانه التزم المتابعة لمن فرضه الاربع ومن التزم المتابعة لمن فرضه
الاربع يتغير فرضه الى الاربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة فان قيل علل تغير فرضه بالتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك
بقوله لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت قلت ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه ان الجامع موجود وهو اتصال المغير
بالسبب فان المغير في الاول هو الاقتداء وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لم يجزه لعدم اتصال المغير كما اذا
نوى الاقامة بعد الوقت وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا دخل مسافر
في صلوة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانها لا تفسد وقد وجد الاقتداء بعده لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام في الوقت
فالتحق بغيره من المقيمين واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى به مقيم فاحدث المسافر
واستخلف المقيم ان يتم صلوته اربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار في ذلك للابتداء
والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا وقوله فيكون اقتداء المفترض نتيجة ما قبله وتقريره لانه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير
كان اقتداؤه عقدا لا يفيد موجبه لاستلزامه احد المحذورين لانه ان سلم على الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد وان اتم اربعا
خلط النفل بالمكتوبة قصدا والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام وكذلك القراءة في الاخريين فيكون اقتداء المفترض
بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى به في اول الصلوة او القراءة ان اقتدى به في الشفع الثاني وكلاهما ولعناد الخلو دون مانعة
الجمع لجواز اجتماعهما وذلك ايضا مفسد واعترض بوجهين احدهما ان الامام لو نسي القراءة في الشفع الاول ينبغي ان
يجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر بالمقيم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام ايضا
كالمقتدي والثاني ان اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض
فكان اقتداء المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء ملحق بمحل الاداء فبقي الشفع الثاني خاليا عن القراءة فكان
بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني بان صلوة المتنفل اخذت حكم الفرض تبعا لصلوة الامام ولهذا لو افسد المتنفل
صلوته بعد الاقتداء وجب قضاؤها اربعا وان اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلوتهم لان
المقتدي التزم الموافقة في الركعتين وقد ادى بما التزم ولم يتم صلوته فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرء في الاصح احتراز
عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا لزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه فاشبهوا
المسبوقين ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب انه مقتد تحريمة لا فعلا يعني في الشفع الثاني اما انه مقتد تحريمة فانه التزم الاداء

معه في اول التحريمة واما انه ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامام قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق
ولا قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا تحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا يستحب له القراءة لان فرض
القراءة صار مؤدى فدار قراءته بين كونه حراما ومستحبا فكان الاحتياط في الترك ترجيحا للمحرم بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة
نافلة يعني في الاخريين لان الكلام فيه فبالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يتاد
فرض القراءة فكانت عليه واجبة فان قيل فاذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان اولى اجيب بان الاولوية
لا ينافي الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما فيه وقيل
ذكره بمقابلة ما ذكر من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر لا بالنظر في نفسه وقيل ذكره في مقابلة قوله فتركها احتياطا
ومراده ان جعله منفردا ليجب عليه القراءة ولو تركها فسدت صلوته اولى من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب جعله منفردا
ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او
مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا انه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا
حاله وهو مخالف بما ذكر في فتاوى قاضي خان وغيره ان من اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق
بينهما ما قيل ان ذلك محمول على ما اذا بنوا امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين
وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم بفساد صلوة الامام واما اذا علموا بعد الصلوة بحال الامام جازت صلوتهم وان لم يعلموا الحالة
وقت الاقتداء وبهذا القول يعلم في الاخرة فيقوله فان قيل فعلى هذا التقرير يجب ان يكون هذا القول واجبا على الامام لان
اصلاح صلوة القوم يحصل به وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب اجيب بان اصلاح صلوتهم
ليس بمتوقف على هذا القول البتة بل اذا سلم على راس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر فحمل امره على الصلاح
فكان قول هذا بعد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه واقتداء بالنبي عم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو
مسافر فكان امر استحبابا لا واجبا قال واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة معناه اذا استكمل المسافر مسيرة ثلثة ايام
ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي عم واصحابه رضي كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد وفيه نظر لان العزم فعل القلب وهو امر باطن وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه بل الظاهر من حال
المسافر العائد الى وطنه ان يكون في عزم المقام فيه ولعل المراد عزم جديد بعبارة الاقامة خمسة عشر يوما كان الظاهر عدمه
والاستدلال بالمعقول اظهر وهو ان نية الاقامة انما يعتبر لصيرورة المسافر مقيما في مصر غيره لكون مكثه في حيز التردد بين ان
يكون للسير وبين ان يكون للاقامة فاحتيج الى النية فاما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السير واما اذا لم يستكمل المسافر
مسيرة ثلثة ايام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم صلوته وان لم يدخل لما ذكرنا من قبل انه رفض الايجاب
لا ابتداؤه وقوله ومن كان له وطن فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان الى ثلثة وطن اصلي وهو مولد
الرجل او البلد الذي تاهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة عشر يوما ويسمى وطن سفر ووطن
السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما والمحققون منهم قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة
ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل بالوطن
الاصلي دون وطن الاقامة والسفر وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان الشيء انما يبطل بما فوقه او
يساويه وليس فوقه شيء فيبطل بما يساويه الا يرى ان رسول الله عم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا
صلوتكم فانا قوم سفر واما وطن الاقامة فله ما يساويه وما فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر ايضا لانه ضده فان قيل
فهو ضد للوطن الاصلي ايضا فلم لم يبطله فالجواب انما لم يبطله بالاثر بما روي ان النبي عم كان يخرج من المدينة الى الغزوات
ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع وقوله ولان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها

بالواجب الفرض والواجب وبالترك التاخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن
ابي حنيفة انه قال يجوز صلوته اذا رفع راسه من السجدة اي تتم صلوته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة تجب الكيفية
اي عدم تاخيرها واجب فاذا اخر فقد ترك هذا الواجب وفيه تمحل كما ترى وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة
الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحة ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك وقوله لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
لان الجهر فيما يجهر بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها اقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما كانت مقامها
وجب ان تكون فرضا لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الاصل فكان واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقران عن لغو الكفار وتعظيم
وصيانة عن ذلك واجبة وما لا يتوسل الى الواجب الا به كان واجبا فان قيل روى ابو قتادة ان النبي عم كان يسمعنا الاية والايتين في الظهر والعصر
فدل على ان الاخفاء لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي اجيب بانه عم كان يفعل ذلك لبيان ان القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا تجب السجدة
اذا تعمد ذلك وقوله واختلف الروايات في المقدار اي في مقدار ما يوجب جهره واخفاؤه السجدة ففي ظاهر الروايات القليل والكثير في
الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الائمة الحلوائي وقاضي خان وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جهر باكثر الفاتحة سجد لان اليسير
من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز فاعتبر اكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر مقدار ما يجوز به الصلوة يجب والا فلا وقال الكرخي والاصح قدر ما تجوز
به الصلوة في الفصلين اختيار لهذه الرواية ووجهه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو في حق
الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص الجماعة فان قيل اما ان وجوب الجهر من خصائص الجماعة فمسلم لان
المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها اجيب
بان ذلك وجه رواية النوادر روى ابو مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا واما على ظاهر
الرواية فلا نسلم ان المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلوة تؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد
كذلك فلم يكن المخافتة واجبة عليه قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود ش اي سهى الامام وجب السجود على المؤتم ووجوبه على الامام لان
السبب الموجب للسجود في حق الماموم ايضا بالتزامه المتابعة فان الصحة والفساد والاقامة لما تعدت من صلوة الامام الى صلوته حتى لو نوى
الامام الاقامة في وسط الصلوة صارت صلوتهم اربعا بالتزام المتابعة فكذلك النقصان والجابر فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه
يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد المتنافيين انتفى الاخر واعترض
على التعليل المذكور في الكتاب بان المخالفة تجوز في مواضع من المؤتم كما اذا لم يرفع الامام يده عند الافتتاح فان المؤتم يرفع واذا لم يثن الامام فالمؤتم
يثني واذا ترك الامام تكبير الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبير الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان الماموم يفعل ذلك
كلهم وبيان المخالفة بعد فراغ الامام ليست بقادحة الا ترى ان المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر
ويتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها يثبت على المقتدي
ابتداء كما يثبت على الامام وعن الثاني بان هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض فلا تتعدى الى ما ليس كذلك لانه ليس في معناه وان سهى
المؤتم لا يجب على الامام السجود لان صلوته ليست بمبنية على صلوة للماموم فسادا ولا نقصانا فلا يجب نقصان صلوته بنقصان صلوة
الماموم واذا لم يجب على الامام لم يجب على الماموم لانه لو وجب فاما ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو
لا يجوز واما ان يسجد معه امامه وفيه قلب الموضوع فان قلت لما ذكرت انفا ان المخالفة انما لا يجوز فيما لزم بشيء باشره
الامام وتعدى الى المؤتم وهنا ليس كذلك بل المخالفة ان كانت لامر باشره المؤتم فينبغي ان لا يجوز فالجواب انا قلنا ان المخالفة
فيما لزم بشيء باشره الامام لم يجز ولم نقل ان فيما باشره بنفسه جازت المخالفة والذي يحسم هذه المادة ان المخالفة ان كانت لاتمام الفرض
بعد فراغ الامام جازت والنص كقوله عم وما فاتكم فاقضوا وقوله عم اتموا صلوتكم فانا قوم سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما
ابتداء كالمسائل التي المتقدمة جازت لانها كلا مخالفة حيث لم تتعلق بالاقتداء وان كانت فيما لزم مما باشره احدهما كالتي نحن فيها
لم يجز لادائها الى قطع الشركة المنافي لوضع الامامة قال ومن سهى عن القعدة الاولى في الفرائض الرباعية والثلاثية ثم تذكر فليرجع

اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم يرفع ركبتيه او الى القيام بان رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق صلوة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل يسجد لانه اخر واجبا بقدر ما اشتغل بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على ان ما قرب من الشيء ياخذ حكمه فصار كما اذا لم يقم وان كان الثاني لم يعد لانه كالقائم معنى لما ذكرنا من الاصل ولو قام ما جاز له العود لئلا يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي عم والصحابة كانوا يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله عم قام الى الثالثة قبل ان يقعد فسبحوا له فعاد وروي انه لم يعد وسبح لهم قوموا ووجه التوفيق انه عاد حين لم يتم قائما ولم يعد بعد ما تم قائما وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فهو لا يخلو من ان يكون بعد ما قعد على الرابعة او لا يكون فان لم يكن فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني رجع الى القعدة لان اصلاح الصلوة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن الابطال وانما قلنا انه ممكن لان ما دون الركعة بمحل الرفض لكونه ليس بصلوة ولا له حكمها ولهذا اذا حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها اي قبل ما فعل وهو الخامسة وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح وكل من رجع من فعل من افعال الصلوة الى شيء محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلبية او التلاوة فسجد لهما ارتفضت القعدة لما ان محلها قبل القعدة الاخيرة وسجد للسهو لانه اخر واجبا وهو اصابة لفظ السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعدة الاخيرة وان كان الاول بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه روي ان النبي عم صلى الظهر ولم ينقل انه قعد في الرابعة ولانه اعاد صلوته ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما هو صلوة لغوي حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لانه حكم الشرع بوجودها واوجب الحنث على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة خرج عن الفرض لمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الآخر ضرورة ولقائل ان يقول لا نسلم انه بوجود الركعة الواحدة بعد اربع من المكتوبة استحكم الشروع في النفل لم لا يمنع ما سبق من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمناه ولكن ما سبق من ركعات الفرض ان لم يكن استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا اقل من المساواة وح لا يكون بطلان الفرض اولى من بطلان النفل والجواب عن الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق وعن الثاني بان المراد ببطلان الفرض بطلان وصف الفرضية ولا شك ان بطلان وصف الفرضية وتحوله نفلا اولى من بطلان اصل الصلوة ووصفها في ابطال النفل فلذلك كان الاول اولى وتاويل الحديث انه عم كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع اركان الصلوة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على ظن انها الثالثة حملا لفعله عم على ما هو اقرب الى الصواب وقوله على ما مر اشارة الى ما ذكره في باب قضاء الفوائت من الاختلاف منهم وقوله ويضم اليها ركعة سادسة يعني عندهما وهل تجب عليه سجدة السهو لم يذكره واختلفوا فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون والمظنون غير مضمون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع لم يصح الرفع مع الحدث فلم يتم السجود وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذا السجود فذهب وتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلوته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي يوسف لا يبني لان صلوته قد فسدت بوضع الجبهة ولا بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول محمد لانه اوفق واقيس لان السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه كتكراره لم ينقضه الحدث يعني بالاتفاق ان الحدث ينقض كل ركن وجد هو فيه حتى لو توضأ وبنى على صلوته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان قعد على الرابعة فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني فحكمه كحكمه فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي عليه اصابة لفظ السلام وتركها لا تفسد الصلوة لانها واجبة وقوله وانما يضم اليها

ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ما ذكر في الكتاب اربع عشرة في اخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان رضي وهو المعتمد والشافعي يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ان كنتم اياه تعبدون والمص احترز بقوله والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وبقوله عند قوله وهم لا يسأمون ويذكر ص عن مذهبه احتج الشافعي على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر ان رسول الله عم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأهما ومذهبه مروي عن ابن عباس وابن عمر رضي قالا السجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة الصلوة ويعضدها قرانها بالركوع في قوله تع يا ايها الذين امنوا اركعوا واسجدوا وتاويل ما روي فضلت بسجدتين احديهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلوة واستدل الشافعي على ان السجدة في ص سجدة شكر لما روي انه عم تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس اي تهيأوا للسجود فقال عم تشزنتم انها توبة نبي وقد قال عم سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة ياتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه عم سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها ولئن سلم انه لم يسجد في خطبته فذلك كان تعليما لجواز تاخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رايت فيما يرى النائم كاني اكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجد الدوات والقلم فقال عم نحن احق بها من الدواة والقلم حتى تليت في مجلسه وسجدها مع اصحابه وقوله وهو الماخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الاية الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تاخيرها الى الاية الثانية فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين قال والسجدة واجبة هذا بيان صفتها ذهب الشافعي الى ان السجدة في هذه المواضع سنة لما روي ان زيد بن ثابت قرأ سورة النجم بين يدي رسول الله فلم يسجد لها ولا سجد لها النبي عم فدل على انها لم تكن واجبة على التالي والسامع قصد سماع القرآن او لم يقصد وانما قيد بهذا لان في بعض الفاظ الاثار السجدة على من جلس لها وفيه ايهام ان من لم يجلس لها لا تجب عليه فقيد بذلك دفعا لذلك والدليل على وجوبها قوله عم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وعلى كلمة ايجاب وهو اي غير مقيد بالقصد واعترض بانها لو كانت واجبة لما اديت في سجدة الصلوة وركوعها ولما تداخلت ولما اديت بالايماء من راكب يقدر على النزول واجيب بان اداها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة يتادى بالسعي الى التجارة وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار الخشوع والخضوع وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز ادائها بالايماء حين قرأها راكبا لانه اداها كما وجبت فان تلاوته على الدابة شروع فيما تجب السجدة فكان كالشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد ان الاحتجاج به انما يتم اذا ثبت انه صلعم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فاما لم نقل بوجوبها على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت اخر واعلم ان صاحب النهاية قال جعل هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث في سائر النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من الفاظ الصحابة لا من الحديث واقول لم يكن المحقق ممن يطالع الكتب المذكورة فلولا انه ثبت عنده كونه حديثا لما نقله حديثا فانه رح اعظم ديانة من ان يتوهم به ذلك قوله واذا تلى الامام السجدة ظاهر وقوله لان السبب قد تقرر ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق لا محالة بخلاف حالة الصلوة فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة ان سجد التالي اولا وتابعه الامام لانقلاب المتبوع تابعا والتابع متبوعا او التلاوة ان سجد الامام اولا وتابعه التالي فان التالي امام السامع فيجب ان يتقدم سجود التالي قال عم للتالي كنت امامنا لو سجدت لسجدنا فان قيل هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز ان يسجد التالي دون الامام او بالعكس فالجواب ان في ذلك مخالفة للامام وهي مفسدة فلم يذكرها لكون ذلك ممنوعا عنه في عدم الجواز ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لان المحجور هو الممنوع عن التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة امامه قال عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت وقوله بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن القراءة كالحائض والجنب والسجدة تجب على من

سمعها هكذا على من سمع من المقتدي ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرفات المنهي عنها تنعقد لحكمها كما عرف من اصلنا ان النهي عن الافعال
الشرعية لا يعدم المشروعية فان اختلج في ذهنك ان القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بتقريرنا في تقرير ما تجده مالم يسبق
اليه فان قيل لو كان كذلك لوجبت على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجاب بما معناه انما لم يجب عليها لانعدام اهلية
الصلوة وذلك لان السجدة ركن من الصلوة والحائض لا يلزمها الصلوة مع تقرر السبب فلا يلزمها السجدة ايضا بخلاف الجنب
فان الصلوة تلزمه فكذلك السجدة وقوله ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها يعني بالاتفاق وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد ووجه الصحيح ماذكر ان الحجر ثبت في حقهم لان علة الحجر هي الاقتداء وهو
مختص بهما فلا يعدوهما ورد بان المقتدي اما ان يكون محجورا اولا والاول يستلزم شمول العدم والثاني شمول الوجوب والجواب انه محجور
بالنسبة الى من وجد في حقه علة الحجر وغير محجور بالنسبة الى من لم توجد وهو الخارج وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة
لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة اما ان يكون فرضا او واجبا او سنة وهذا
السماع ليس بشيء من ذلك وما ليس من افعال الصلوة لا يجوز ان يؤتى به فيها لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس
بمحجور ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم ولم يفسد صلوتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز فلانه اي لان هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو
منع الشرع عن ادخال ما ليس من افعال الصلوة فيها فلا يتادى به الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فان ما وجب
كاملا لا يتادى ناقصا ورد بانا لا نسلم انها وجبت كاملا فانها وجبت في وقت كان خلط غير افعال الصلوة بافعالها
فكانت كالعصر وقت الاصفرار وجبت ناقصة فيتادى ناقصة والجواب ان الوقت لو كان سببا لها كان الامر كما ذكرت
لكنه ليس كذلك بل سببه ماذكرنا ولا تعلق له بالوقت واعادوا لتقرر سببها وهو ماذكرنا واما عدم فساد الصلوة فلان الفساد
انما يكون بتركها او باتيان ما ينقضها لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة ذكر في النوادر انها تفسد صلوتهم لانهم زادوا
فيها ما ليس منها وقيل ما ذكر في النوادر قول محمد وهو جواب القياس وما ذكر هنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على ان زيادة
ما دون الركعة لا تفسدها عندهما وعلى قوله زيادة السجدة تفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد
السجدة الواحدة عبادة مقصودة ولهذا حكم بان سجدة الشكر مسنونة فتفسد لشروعه في واجب قبل اكمال فرضه وعند ابي حنيفة
واحدى الروايتين عن ابي يوسف انها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركنا من اركان الصلوة غير مستقلة
عبادة فان قرء الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه فاما ان دخل بعد ما سجدها الامام او قبله فان كان الاول
لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها اي للسجدة بادراك تلك الركعة وهذا يشير الى انه لو ادرك الامام في الركعة
الاخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي ان يسجدها خارج الصلوة لانه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولا لما تعلق بها
من السجدة قال الامام العتابي واشار في بعض النسخ الى انها تسقط عنه لانها صارت صلوتية وطولب
بالفرق بين هذا وبينما اذا ادرك الامام في ركوع صلوة العيدين فان عليه ان ياتي بالتكبيرات ولم يصر مدركا لها بادراك
الركعة في الركوع واجيب بان الادراك الحقيقي ممكن لان ما هو من جنسها وهو تكبير الركوع يؤتى به حالة الركوع فالحق به تكبيرات
العيد واذا كان الادراك الحقيقي ممكنا لا يصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة فانه ليس من جنسها ما يؤتى به في حالة
الركوع لتكون حقيقة الادراك ممكنة فيصير الى الحكمي وان كان الثاني سجدها معه لانه لو لم يسمعها بان اخفاها الامام سجدها معه فهنا
اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وهو التلاوة عمن ليس بمحجور عليه او السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ
وقيل ينبغي ان لا يسجد لان الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلوة فكانت السجدة
صلوتية فلا تقضى خارجها واجيب بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه والسماع وجب السجدة احتياطا لانا ان
نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع يلزمه خارج الصلوة فامرناه بها خارجها احتياطا وقوله وكل سجدة
وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة ضابط كلي ينسحب على الفروع الداخلة تحته ودليله ماذكره بقوله لانها

لانها صلوتية ومعنى الصلوتية ان يكون التلاوة الموجبة لها من افعال الصلوة ولها مزية الصلوة فكان وجوبها كاملا وما وجب
كاملا لا يتادى ناقصا وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل هذا الكلي منقوض بما اذا سمعوا وهم في الصلوة ممن ليس معهم في
الصلوة فانها سجدة وجبت في الصلوة ويسجدونها بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها فيها غير متصور لانها
تؤدى بسجدة الصلوة وان لم ينو والثالث ما قيل ان التانيث يحذف في النسب فالصواب صلوية واجبة في الصلوة فيه
نظر لان قوله وجبت الصلوة اما ان يكون صفة موضحة وما ثمة ما يميز عنها لان كل سجدة صلوتية واجبة في الصلوة او صفة
كاشفة وحاد السوال او غيرهما من التاكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالصواب ان يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة و[جبت]
في الصلوة اي ثبتت وعن الثاني بان سجدة التلاوة انما تتادى بسجدة الصلوة اذا قرء اية السجدة وسجد اما اذا لم يسجد على
الفور حتى قرء مقدار ثلث ايات وركع وسجد للصلوة ينوي بها سجدة التلاوة فلم يجز لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها
فلا تتادى في ضمن الغير ورد بان وقتها موسع فمتى سجد كان اداء لا قضاء واجيب بان ذلك عند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة
وعند ابي يوسف وفي رواية عن ابي حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز ان يكون المصنف اختار ذلك
وعن الثالث بانه خطا مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر [فصل] ومن تلا سجدة فلم يسجدها هذا البيان التداخل
في سجدة التلاوة اي ومن تلا اية سجدة خارج الصلوة ولم يسجدها حتى دخل في الصلوة فاعادها اي تلاوة تلك الاية
ولم يتبدل مجلس الصلوة عن مجلس التلاوة وسجد في الصلوة اجزءته السجدة التي سجدها عن التلاوتين لان الثانية
لكونها صلوتية اقوى فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلوة لان الصلوتية ان كانت
اقوى فللاولى ايضا قوة السبق فاستويتا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية ان للثانية بعد التساوي
قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود اي اتصال التلاوة بما هو المقصود اي الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت وعورض
بان الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع التداخل لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يكون ملحقا باللاحق واجيب بان
السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة قبل الفريضة وقوله وان تلاها يعني خارج الصلوة فسجد ثم دخل في الصلوة
فتلاها اي تلك الاية وجب عليه ان يسجد لها لان الثانية هي المستتبعة لما قلنا انها لكونها صلوتية اقوى واذا كانت
مستتبعة لا وجه لالحاقها اي السجدة المفعولة بالاولى اي التلاوة الاولى لانها ان الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت
السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية وذلك يؤدي الى سبق الحكم قبل السبب فتبين ان التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية
للتلاوة الثانية واياك ان ترد ضمير الحاقها الى التلاوة الثانية كما فعله بعض الشارحين واعترض على المص فانه فاسد
فتامل وفيه بحث وهو ان الصلوتية انما ترجحت في المسئلة الاولى باتصال المقصود فههنا مع الاولى السبق ولا اتصال
بالمقصود ومع الثانية كونها صلوتية فقط فاني يستتبعها ويمكن ان يجاب عنه بان المصير الى الاتصال انما كان على وجه
التنزل من المص والا فلكونها صلوتية اقوى من السبق فلا يساويه السبق الا يرى انه اذا قهقه فيها انتقض الوضوء دون
غيرها وبالنظر الى ذلك يتم الدليل [فصل] ومن كرر تلاوة سجدة ذكر هنا بين التداخل وقال والاصل ان مبنى السجدة
على التداخل يعني في الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في مجلس واحد او لم تكن لان للسجدة حكم
التلاوة والحكم يتكرر بتكرر السبب وجه الاستحسان ما ذكره بقوله دفعا للحرج وذلك ان المسلمين محتاجون الى تعلم
القران وتعليمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج لا محالة والحرج مدفوع وقد صح
ان جبرئيل عم كان ينزل باية السجدة على رسول الله ويكرر عليه وكان رسول الله يسجد لها مرة واحدة تعليما لجواز التداخل
ودفعا للحرج ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات الثاني وذلك لان التداخل
اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدون حكمها وفي ذلك
ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكم اذا وجد

دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل في درءها فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود
الموجب مضافا الى عفو الله تع وكرمه فانه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا آية سجدة في مكان فسجد
لها ثم تلاها فيه مرات فانه يكفيه تلك السجدة والمفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكان التلاوة التي بعد السجدة سببا وحكمه
قد تقدم وذلك لا يجوز وقوله والامكان التداخل اي الامكان الشرعي بيان لدليل الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات
الا يرى الى شطري العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا اختلف عاد الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع
فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات في مجلس كما جمع بين المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب
عدم تلاوة الجميع في مجلس بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور ويتفق في مجلس ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب عنه بعيدا قال رحمه
ان كان شيء نحوا من عرض المجلس وطوله قريب وقيل ان مشى خطوتين او ثلثا فهو قريب وان كان اكثر من ذلك فهو ولا يختلف بمجرد
القيام لانه مستحسن في الاتيان بالسجدة لان الخرور الوارد في القرآن سقوط من القيام بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام
لكونه دليل الاعراض فان من حزبه امر وهو قائم يقعد لكون القعود اجمع للرأي فاذا قامت دل على الاعراض والخيار يبطل بالاعراض
صريحا ودلالة وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وكلامه واضح وقال صاحب النهاية وهذا اللفظ يعني قوله وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك
في الاصح وكذلك في الدياسة يدل على ان اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن الى غصن وفي الدياسة لا في تسدية الثوب لانه قطع بها
بالجواب من غير تردد ثم شبه جواب الذي ذكر الاصح وليس بواضح لجواز ان يكون قوله في الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا وقوله للاحتياط
يجوز ان يكون وجه الاصح في الصور الثلثة المذكورة ووجهه انه بالنظر الى اتحاد الفعل واتحاد اسم المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب
وبالنظر الى حقيقة اختلاف المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط وقوله ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل
يعني به قول فخر الاسلام ان مجلس التالي اذا تكرر دون السامع يتكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف الى السبب وكانه اختار
ان السبب هو التلاوة والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما ظنه يعني ان السبب في حقه السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول
الاسبيجابي قيل وعليه الفتوى ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وفي قوله
اعتبارا بسجدة الصلوة اشارة الى ان التكبير فيها سنة كما في المشبه به وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن مذهب الشافعي فان عنده
عنده ان يرفع يديه ناويا ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ماذا يقول في السجود وقيل يقول فيها سبحان ربنا
ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة الصلوة وان لم يذكر شيئا لم يضره لانه لا يكون اقوى من سجدة الصلوة
ولو لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هذه وقوله ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول بعض اصحاب الشافعي الذين لم ياخذوا بقوله وقالوا
ان فيها تشهدا وسلاما وقوله لان ذلك اي التشهد والسلام للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة فان قيل لا نسلم انها
معدومة لانه قال كبر والتكبير للتحريم بالنص اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا يرى تكبير السجود فانه ليس للتحريم وهذه السجدة
لما اشبهت بسجدة سن فيها التكبير للمشابهة وقوله لانه يشبه الاستنكاف يعني ان الاستنكاف حرام لانه كفر فيكون ما يشبهه
مكروها وقوله شفقة على السامعين قال في المحيط ان كان التالي وحده يقرأ كيف شاء من جهر واخفاء وان كان معه جماعة
قال مشايخنا ان كان القوم متاهبين للسجود ويقع في قلبه انه لا يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأ جهرا حتى يسجد القوم معه
لان في هذا حثا لهم على الطاعة وان كانوا محدثين او وقع في قلبه انه لا يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأها في نفسه ولا يجهر
تحرزا عن تاثيم المسلم وذلك ايضا مندوب اليه والله اعلم

باب صلوة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك وبوب عنها لانها عبادة ...
والسفر في اللغة قطع المسافة وليس يراد هنا بل المراد قطع خاص وهو ان يتغير به الاحكام فقيده بذلك وذكر القصد وهو
الارادة الحادثة لما علم لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك
فكان المعتبر في حق تغير الاحكام اجتماعهما فان قيل الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضده لم يكن كذلك اجيب بان النية

اعتبارها في مواضع يعني الى عشرة وخمسة عشر دفعا للتحكم وهو اي اعتبارها في مواضع ممتنع لان اقامته ح انما يكون بنزوله
وتزوجه وابتنه والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ان نوى وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدال على عدم
الاجتماع وقوله الا اذا نوى مستثنى من قوله لم يتم الصلوة وقوله لان اقامة المرء مضافة الى مبيته الا يرى ان
السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محلة كذا ونهاره كله في السوق وقوله لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء يعني عدم
الاداء قبل اخر الوقت لما عرف في الاصول ففي اخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلوة قضى ركعتين وان كان في اول الوقت
مقيما وان كان مقيما فيه وفاتته قضى اربعا وان كان في اوله مسافرا واعترض بان كلامنا في القضاء واذا فاتت الصلوة عن
وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ يقولون السببية على الجزء الاخير وان فات
الوقت فجاز ان يكون المص قد اختار ذلك واقول الاعتراض ليس بوارد لان المص قال القضاء بحسب الاداء يعني كل من وجب
عليه اداء الاربع قضى اربعا ومن وجب عليه ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر في السببية للاداء هو الجزء الاخر
من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وبه تم مراد المص واما ان السببية تنتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر اثره في عدم جواز
قضاء العصر الفائت في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك شيء اخر لا مدخل له في مراد المص وهذا واضح فتامله يغنيك عن التطويل
ونوقض قولهم القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر في صلوة المقيم ثم ذهب الوقت ثم افسد الاداء والمقتدي صلوة
على نفسه فانه يقضي ركعتين صلوة السفر وقد وجب عليه اداء الصلوة اربعا واجيب بانه انما لزمه الاربع لمتابعة الامام وقد
زال ذلك بالافساد فعاد الى اصله الا يرى انه لو افسد الاقتداء في الوقت كان عليه ان يصلي صلوة السفر فكذلك ههنا وقوله
والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء السفر على ثلثة اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية
كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج المراة بلا محرم والاولان سببان الرخصة بلا خلاف واما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي
قال الرخصة ثبتت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع
ولنا اطلاق النصوص قال الله تع ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال عم فرض المسافر ركعتان قال
والمسافر ثلثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد ان لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول ولان نفس السفر ليس
بمعصية اذ هو عبارة عن خروج وليس في هذا المعنى شيء من المعصية وانما المعصية ما يكون بعده كما في السرقة او يجاوره كما في الاباق
فيصلح من حيث ذاته متعلق الرخصة لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جاز له ان يمسح عليه لان الموجب
تستر قدمه ولا محظور فيه انما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه اصول الفقه

باب صلوة الجمعة

تناسب هذا الباب لما قبله ان كلا منهما ينتصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول شامل
في كل ذوات الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد العموم والجمعة من الاجتماع كالفرقة
من الافتراق والميم ساكن عند اهل اللسان والقراء ضموها وهي فريضة بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب
فقوله تع يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع امر بالسعي الى ذكر الله وهو
الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة والامر للوجوب واذا كان السعي اليها واجبا فالى ما هو المقصود وهو الجمعة اولى واكد
ذلك بتحريم المباح فلا يكون الا لامر واجب مقتضى الحكمة واما السنة فقوله عم واعلموا ان الله تع كتب عليكم الجمعة في يومي هذا
في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها او استخفافا بحقها وله امام جائر او عادل الا فلا جمع الله شمله الا فلا صلوة
له الا فلا زكوة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد اجمعت على فرضيتها
وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء واما المعقول فلانا امرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة
لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض هو اكد منه ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات فمنها ما هو في المصلي
كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابي حنيفة ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة

والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو اغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه ولم ياذن للناس بالدخول لم تجزه وقاضٍ
ينفذ الاحكام **قال** لا تصح الجمعة الا في مصر جامع • هذا بيان شروط ليست في نفس المصلي وهو ظاهر وعرّف المصر الجامع
بقوله كل موضع له امير وقاضٍ ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والمراد بالامير وال يقدر على انصاف المظلوم من الظالم وانما
قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المراة اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام
وليس لها اقامة الحدود وكذلك المحكّم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لانهما يقترنان في عامة الاحكام فذكر احدهما كان مغنيا
عن ذكر الآخر وعنه اي عن ابي يوسف انهم اذا اجتمعوا اي اجتمع من يجب عليهم الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع
من الصبيان والنساء والعبيد لان من يجب عليهم يجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع احسن ما قيل فيه اذا كان اهلها بحيث
لو اجتمعوا لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالبا عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي
وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثاني ابي عبد الله الثلجي وعن ابي يوسف رواية اخرى غير هاتين الروايتين وهو
كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلث روايات وقوله والحكم غير مقصور يعني جواز اقامة الجمعة ليس بمختص
في المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها اي الافنية بمنزلة المصر في حوائج اهله ويعرف من هذا التعليل تعريف الفناء وهو ما
اعدّ لحوائج اهل المصر وفناء الدار فناء كل شئ كذلك وقدر شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسي فناء المصر بالغلوة اعتبارا لما ذكره
محمد في النوادر وقال الشافعي المصر ليس بشرط ولا فناؤه بل كل قرية يسكنها اربعون من الرجال الاحرار لا يظعنون عنها صيفا وشتاء
تقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل ولما روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت
بجواثا وهي قرية من قرى عامر بن عبد القيس بالبحرين وكتب ابو هريرة الى عمر يساله عن الجمعة بجواثا فكتب اليه ان جمّع بها
وحيث ما كنت والجواب ان قوله عم الا في مصر جامع ينفي اقامتها في القرى والصحابة حين فتحوا الامصار والقرى
ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرائط الجمعة والآية ليست
بحجة له لان المكان مضمر فيها بالاجماع حتى لا تجوز اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية وجواثا مصر بالبحرين
وتسمية الراوي قرية لا تنفي ما ذكرنا لان اسم القرية يطلق على البلدة وقوله ويجوز يعني اقامة الجمعة عنا ان كان الامام امير الحجاز
او كان الخليفة مسافرا واغا قيد بكونه مسافرا لاحد امرين اما للتنبيه على انه لو كان مقيما كان بالجواز اولى واما لنفي توهم ان
الخليفة اذا كان مسافرا لا يقيم الجمعة كما اذا كان امير الموسم مسافرا وفيه اشارة الى ان الخليفة والسلطان اذا طاف في ولايته
كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لان امامة غيره انما تجوز بامره فامامته اولى وان كان مسافرا وقوله لانها يعني منى
على تاويل القرية ويجوز ان يكون التانيث باعتبار الخبر لان تقديره لانها قرية من القرى يعني انها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادة
على الغلوة ولهذا لا يعيد بها فلا تقام فيه الجمعة ولنا انها تتمصر في ايام الموسم لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي
والابنية والاسواق وعدم التعييد اي عدم اقامة صلوة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح
والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصرية ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا والفرق ان عرفات فضاء ومنى فيه ابنية وقوله
اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير يشير الى انه ان استعمل على مكة تقيم الجمعة بمنى لان له الولاية وقيل ان كان من اهل مكة
يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة وان لم يكن من اهلها لا يقيم عندهما ايضا وقوله ولا يجوز اقامتها الا للسلطان اي الوالي
الذي لا والي فوقه وكان ذلك الخليفة او لمن امره السلطان وهو الامير او القاضي او الخطابة وقال الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي
ان عثمان حين كان محصورا بالمدينة صلى علي رضع الجمعة بالناس ولم يروَ انه صلى بامر عثمان وكان الامر بيده ولنا ان الجمعة
تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد تقع المنازعة في التقدم بان يقول شخص انا اتقدم وغيره يقول انا اتقدم وفي التقديم بان
يقدم طائفة شخصا واخرى آخر وقد تقع في غيره اي في غير امر التقدم والتقديم من اداء من سبق بالجامع والاداء في اول الوقت
وآخره فلا بد منه اي من السلطان او من امره تتميما لامره واثر علي ليس بحجة لجواز ان ذلك كان بامر عثمان سلمنا ولكن انما فعل لان

لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض فاعتبر اجماعهم **قال** ومن شرائطها الوقت • اي ومن
شرائط الجمعة الوقت وهو وقت الظهر فيصح فيه ولا تصح بعده لما روي ان النبي عم لما بعث مصعب بن عمير رضع الى المدينة قبل هجرته
قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج وهو فيها اي الامام في صلوة الجمعة استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما اي
لاختلاف الظهر والجمعة بدليل تخيير العبد اذا اذن له مولاه بالجمعة بين ان يصلي الظهر والجمعة مع تعين الرفق في الجمعة بالقلة ولو لم
يكونا مختلفين لما خيّر كما في جناية المدبر حيث يجب الاقل على مولاه من الارش ومن القيمة بلا خيار لاتحادهما في المالية وبنا فرض على
تحريمة فرض آخر لا يصح في اصح الروايات قوله ومنها اي من شرائط الجمعة الخطبة وهي ما يخطب به وانما كانت شرطا لان النبي عم
ما صلاها بدون الخطبة في عمره وفيه بحث اما اولا فان يقال الخطبة اما ان تكون ركنا او لا تكون شرطا لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر
وذلك ركن فكذلك ما اقام مقامه فلا تتادى بلا طهارة ولانها لم يشترط قيامها حالة الاداء ولو كانت شرطا لكان تراعى قراءتها حال
الاداء كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة واما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت من ضروريات صلوة صلوة الجمعة لان
شرط الشئ لازم له والحديث يدل على دوام وجوده والدوام لا يستلزم الضرورة الا يرى انه عم لم يصل صلوة بدون سننها
كرفع اليد عند التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شئ من ذلك شرطا للصلوة والجواب عن الاول انها ليست
بركن لان ركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وصلوة الجمعة لا تقوم بالخطبة وانما تقوم باركانها فكانت شرطا لان الله تعالى امر بالسعي
اليها بقوله فاسعوا فيكون واجبة وليست مقصودة لذاتها لان الله تعالى ينع بحابل لما سوا المقصود وهو صلوة الجمعة حيث قال اذا نودي
للصلوة من يوم الجمعة ولو كانت المقصودة لكان الذاها ولهما ان كانت مقصودتين واذا لم تكن مقصودة لذاتها وهي فرض
كانت شرطا لكان يراعى قراءة الخطبة حال الاداء قلنا الشرط وجودها لا وجودها حال الاداء وعن الثاني بان الدوام وان لم يستلزم
الضرورة اذا دل الدليل الخارجي على ذلك وقد قام الدليل هنا على ذلك وهو انا نعلم بيقين ان شرط الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك
لغير الفرض فكانت فرضا فاما ان تكون فرضا لذاتها او لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما من لوازمه فكان
شرطا وهي اي الخطبة قبل الصلوة به وردت السنة وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة
مقدار ثلث آيات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر به جرى التوارث ولفظ التوارث
انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل هو حكاية العدل عن العدل وهذه القعدة ليست بشرط بل هي للاستراحة وقال
الشافعي انها شرط حتى لا يكتفي عنده بالخطبة الواحدة وان طالت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة ان رسول الله عم
كان يخطب قائما خطبة واحدة فلما اسنّ جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة خفيفة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة
واحدة ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث روي ان ابن مسعود رضع لما سئل عن هذا قال الست تتلو قوله
تعالى وتركوك قائما كان رسول الله يخطب قائما حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة والذي روي عن عثمان انه كان يخطب
قاعدا انما فعل ذلك لمرض او كبر في آخر عمره فقوله فيستحب فيها الطهارة يعني عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان ووجه
الشبه ان الخطبة ذكر لها شبه بالصلوة من حيث انه دعا لها ويقام بعد دخول الوقت قيل في عبارته نظر لانه يدل على ان الاذان
شرط الصلوة وليس كذلك وهو غلط لان قوله كالاذان يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهارة لا بقوله هي شرط الصلوة ولو خطب
قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف ابو يوسف والشافعي وحده اذا خطب قاعدا الثاني الاول
ان الخطبة بمنزلة شطر الصلوة لما في الاثر وهو ما روي ان عمر وعائشة رضعما قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما شرط
الطهارة في الصلوة يشترط فيها وللشافعي في الثاني ان الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلوة ولنا
انها ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا القرآن في حق الجنب وتاويل الاثر انها في حكم الثواب كشطر
الصلوة لا في شرائطها وقوله الا انه يكره استثناء من قوله جاز وقوله لمخالفة التوارث متعلق بقوله خطب قاعدا
وقوله للفصل بينهما وبين الصلوة متعلق بقوله او على غير طهارة وما يذكر انه يعيدها اذا كان على غير طهارة وقيل

ينبغي ان يعاد استحبابا كاعادة اذانه وقوله فان اقتصر على ذكر الله جاز يعني اذا ذكر الله على قصد الخطبة فقال الحمد لله او سبحان الله
او لا اله الا الله جاز عند ابي حنيفة واما اذا قال ذلك لعطاس او تعجب فلا يجوز بالاتفاق وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة
وهو مقدار ثلث آيات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله لان الخطبة هي الواجبة
يعني بالاجماع والتسبيحة والتحميدة والتهليلة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين تشتمل الاولى على التحميد والصلوة
على النبي عم والوصية بتقوى الله وقراءة آية وكذلك الثانية الا ان فيها بدل الاية الدعا للمؤمنين والمؤمنات اعتبارا للتوارث فانه جرى
هكذا من لدن رسول الله صلعم ولابي حنيفة قوله تع فاسعوا الى ذكر الله والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها الذكر
من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليه نسخ وما روي عن عثمان انه لما صعد المنبر اول جمعة ولي قال الحمد لله فارتج عليه على بنا
المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علما الصحابة ولم ينكر عليه احد فدل على ان هذا المقدار كاف
ومن شرايطها الجماعة. الجماعة شرط الجمعة بالاجماع والاختلاف في العدد فعند ابي حنيفة اقلهم ثلثة سوى الامام وعندهما اثنان
سواه قال المص والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع لان فيه اجتماع واحد بآخر والجمعة
منبئة عن معنى الاجتماع لما ذكر ان الجمعة مشتقة من الجماعة وفي الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان الجمع
الصحيح انما هو الثلث يعني سلمنا ان الجمعة تنبئ عن الاجتماع لكن الخطاب ورد للجمع وهو قوله تع فاسعوا الى ذكر الله والجمع
الصحيح هو الثلث لكونه جماعتيه ومعنى فان قيل فيما قاله ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلثة اجاب بقوله والجماعة
شرط على حدة وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تع فاسعوا تقتضي ثلثة وقوله الى ذكر الله تقتضي ذاكرا فذلك
اربعة ويجب ان يكون كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم صبيا او مجنونا لا يجوز وكما نفى الآية ما دون الثلث نفى اشتراط
الاربعين لعدم دلالة عليه بيقين وقوله فان نفر الناس اعلم ان الناس ان نفروا قبل شروعهم في صلوة الجمعة مع الامام لا يصلي
الجمعة بلا خلاف ويصلي الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفة وبنى على الجمعة
عندهما وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر فانه يقول انها شرط الادا لان التحرم منهم مقارنا لتحرم الامام ليس بشرط بالاتفاق
ولو كانت شرط الانعقاد لاشترط ذلك فكانت كالوقت ودوامه شرط لصحة الجمعة فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا قبل السجود
ولهما انها شرط الانعقاد لان الادا ينفك عنها كما في المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة فان دوامها
الى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط بالاتفاق وابو حنيفة يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع في الصلوة
والصلوة لا تتم الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة لكونه محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها اي من دوام الجماعة الى الركعة
بحذف المضاف اي الى تمام الركعة وقوله بخلاف الخطبة جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجهه ان الخطبة تنافي
الصلوة فان الامام هو الذي يخطب ولا يمكنه ان يخطب في الصلوة فلا يشترط دوامها وقوله ولا معتبر ببقاء النسوان ظاهر وقوله
ولا يجب الجمعة على مسافر واضح وقوله لانهم تحملوه يعني الحرج معناه ان سقوط فرض السعي عنهم لم يكن لمعنى في الصلوة بل للحرج
والضرر فاذا تحملوا التحقوا في الادا بغيرهم وصاروا كالمسافر صام وقوله ويجوز للمسافر واضح وقوله فاشبه الصبي يعني في ان
الجمعة ليست بفرض عليهم ولو ادى الصبي فيها لم يجز فكذا من اشبه ولنا ان هذه اي سقوط الجمعة عنهم والتانيث الاشارة باعتبار
الخبر وهو رخصة لان الخطاب عام فيتناولهم الا انهم عذروا دفعا للحرج عنهم فاذا حضروا يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا كان
ما فرضناه لدفع الحرج حرجا وذلك خلف باطل اما الصبي فمسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب على ما بينا يعني قوله لانهم تحملوه
يقع فرضا والمراة لا تصلح لامامة الرجال وقوله وتنعقد بهم اي بالمسافر والعبد والمريض الجمعة اشارة الى رد قول الشافعي
ان هؤلاء تصح امامتهم لكن لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد به الجمعة وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء اولى ومن
صلى الظهر في منزله ظاهر وقوله لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة لانه مامور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال بالظهر ما لم تتحقق
فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل وهي ثابتة لان فواتها انما يكون بفراغ الامام

الامام عن الصلوة وفرض المسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الناس كافة لان التكليف يعتمد القدرة والمكلف
بالصلوة في هذا الوقت متمكن بنفسه من ادا الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في
الوسع الا لانه امر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند استجماع شرائطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها وقوله هذا هو الظاهر تلويح
منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة ولا اسقاطها بالظهر وروي عنه انه قال لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا
اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة يريد به ان اصل الفرض احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلثة
ما ذكره في الكتاب وقوله فان بدا له اي بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل صلوة الامام معذورا كان او غيره ان يحضرها وتوجه والامام فيها فاما
ان يدرك الجمعة مع الامام اولى فان ادرك الصلوة مع الامام انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكره في الكتاب وان لم يدرك بطل
الظهر عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم الاول لانه يفهم من اشارة هذا القسم لانه يشير الى ان الاتمام
مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر عندهما بل الدخول كاف واذا كان بالدخول ينتقض فبالاتمام اولى لان السعي دون الظهر او هو ليس بمقصود بنفسه
بل هو وسيلة الى اداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه لانا امرنا باسقاطه بها فجاز ان ينقضه
وانما الظهر في الكتاب بتاويل الصلوة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما اذا توجه بعد فراغ ولابي حنيفة ان السعي وهو المشي لا سرعا
الى الجمعة من خصائصها لكونها صلوة مخصوصة بمكان لا يمكن الاقامة الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف سائر الصلوات
لان اداءها صحيح في كل مكان واذا كان من خصائصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من اركانها بجامع الاختصاص فيؤثر في ارتفاض
الظهر احتياطا اذ الاقوى يحتاط لاثباته ما لا يحتاط لاثبات الاضعف واعترض بان السعي الموصل الى الجمعة مامور به وهذا
السعي ليس بموصل سلمناه ولكنه ضعيف لكونه وسيلة فلا يرفض القوي سلمناه لكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لان نقض العبادة
قصدا حرام فاذا لم يؤد لم ينتقض سلمناه لكن ينتقض بمسئلة القارن واذا وقف بعرفات قبل ان يطوف للعمرة فانه يصير رافضا
لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا للعمرة واجيب عن الاول بان الحكم دائر مع الامكان لكون الامام في الجمعة والادراك
ممكن باقدار الله تع وعن الثاني بانه لما نزل منزلتها صار قويا وهو الجواب عن الثالث لانه صار الابطال في ضمنه كالابطال
في ضمنها وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانهما اي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض فيه واما في الاستحسان فانه
انما لا يرتفض العمرة لكون السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مامور به فكان في نفسه قويا
ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف وقوله بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن قياسهما وهو واضح وقوله ويكره
ان يصلي المعذور الظهر بجماعة الخ ظاهر فصل ومن ادرك الامام يوم الجمعة. اذا ادرك الامام في صلوة الجمعة راكعا في الركعة الثانية
فهو مدرك لها بالاتفاق وان ادركه بعد ما رفع راسه من الركوع فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وبنى عليها الجمعة لقوله عم ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان مراده ما فاتكم من صلوة الامام بدليل قوله ما ادركتم فصلوا فان معناه من صلوة الامام هو
الجمعة فيصلي المأموم الجمعة وكذا ان ادركه في التشهد او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية بنى عليها
الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا الاستاذي الاية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهو الجماعة
فبالنظر الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ويقرا في الاخريين لاحتمال النفلية فكان في ذلك اعمال الدليلين
وهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة لانه لا بد من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه وهو مدرك الجمعة
لا يبني الا على الجمعة ولا وجه لما ذكره من اعمال الوجهين لانهما صلوتان مختلفتان فكيف يبني احدهما على تحريمة الاخرى وعورض
بان فيما ذكرتم تجويز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه واجيب بان وجوده في حق الامام
جعل وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع بين صلوتين مختلفتين بتحريمة واحدة فمما لا يوجد بحال والقول بما يوجد بحال اولى
منه بما لا يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما في اول البحث بالحديث وهو اقوى فما وجه قوله بعد ذلك ولهما الخ قلت لا تنافي في
ذلك لجواز ان يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول او كان الاول استدلالا على ما اذا كان المدرك الاكثر وذلك متفق عليه

فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما ايضا لا ينافيه فان قيل قد روى عن الزهري
باسناده الى ابي هريرة عن النبي عم انه قال من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليضف اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى
اربعا وهذا كما ترى نص على ما يقوله محمد فما وجه ترك الاستدلال به لهما قلت ضعفه فانه ما رواه الا الضعفاء من اصحاب الزهري واما
الثقات منهم كمعمر والاوزاعي ومالك فقد رووا عنه من ادرك ركعة من صلوة فقد ادركها واما اذا ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه
ولا دليل عليه وما روى من قوله عم ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما فاخذا به وعلى تقدير ثبوته فتاويله ادركهم جلوسا
قد سلموا وقوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى
التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس بالكلام قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير
لان حرمة الكلام انما هي باعتبار الاخلال بغرض الاستماع لكونه في نفسه مباحا ولا استماع فلا اخلال في هذين الوقتين
بخلاف الصلوة فانها قد تمتد فتفضي الى الاخلال ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس انهما رويا عن النبي عم انه قال اذا
خرج الامام فلا صلوة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له معارض وقد روي ان رسول الله عم
كان اذا نزل عن المنبر سال الناس عن حوائجهم وعن اسعار السوق ثم صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء حين كان
الكلام مباحا في الصلوة فكان يباح في الخطبة ايضا ثم نهي بعد ذلك عن الكلام فيهما وقوله واذا اذن المؤذنون ذكر
المؤذنين بلفظ الجمع اخراجا للكلام مخرج العادة فان المتوارث في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين لتبلغ اصواتهم الى
اطراف المصر الجامع والاذان الاول هو الذي حدث في زمن عثمان على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان
على المنارة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما يفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع
وقال الطحاوي المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله عم وكذلك في
عهد ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وهو مختار شيخ الاسلام والاصح ان المعتبر في وجوب السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان
بعد الزوال لحصول الاعلام به مع ما ذكرنا في قول الحسن رضي الله عنه وهو مختار شمس الاسلام السرخسي رحمه الله ايضا والله اعلم

باب صلوة العيدين

اي باب صلوة العيدين لان الكلام في كتاب الصلوة حذف
للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد لان لله فيه عوائد الاحسان الى عباده ومناسبتها لصلوة الجمعة في ان كلا منهما صلوة نهارية تؤدى
بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحدهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة وتشتركان ايضا في حق التكليف فانهما
تجب على من تجب عليه الجمعة وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة او لكثرة وقوعها قال وتجب صلوة العيد على من تجب عليه
الجمعة لا تجب صلوة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في باب الجمعة فان قيل حال العبد ههنا
ليست كهي في الجمعة اذا اذن له المولى لان للجمعة خلفا وهو الظهر فلم تجب الجمعة وههنا لا خلف فكان الواجب الوجوب
اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن لانها غير مستثناة على المولى فبقي الحال بعد الاذن
كما قبله كما في الحج فانه لا يقع عن حجة الاسلام وان حج باذن مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته رواية
القدوري فانه ذكر في القدوري بلفظ الواجب وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم
الفطر او يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين او لتذكيره كما في القمرين ولا يترك واحد منهما اما الجمعة فلانها فرض
واما العيد فلان تركها بدعة وضلال قوله وجه الاول مواظبة النبي عم وفي بعض النسخ وقع بلفظ من غير ترك وهو
لا يحتاج الى غاية وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج الى ان يقال معناه ذلك وانما تركه اعتمادا على ما ذكر في اخر باب
ادراك الفريضة ولا سنة دون المواظبة والمواظبة انما يكون دليل الوجوب اذا كانت من غير ترك وقوله وجه الثاني
ظاهر وقوله ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه
وروى الطحاوي عن استاذه ابن ابي عمران البغدادي عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ ابو يوسف

ومحمد اعتبارا بالاضحى وجه الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تع واذكروا الله
في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام ولا كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد
الاضحى اختص بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس في شوال ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد
فان الله تع قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم امر بالتكبير بعد اكمال عدة ايام شهر رمضان وروي عن نافع عن ابن عمر
ان رسول الله عم كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد بما في الاية
التكبير في صلوة العيد والمعنى صلوا صلوة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد متروك
الحديث ولا يتنفل في المصلى قبل العيد التنفل قبل صلوة العيد في المصلى وغيره للامام وغيره مكروه لما ذكر في الكتاب وقد
ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة كثيرا روي عن ابن مسعود وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلوة قبل الامام يوم
الفطر وروي ان عليا خرج الى المصلى فراى قوما يصلون فقال ما هذه الصلوة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله عم فقيل الا
تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى قوله خاصة وعامة نصب على الحال من الضمير الذي في المستقر في الظرف وقوله
واذا حلت الصلوة عبر بالحلال عن جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث وقوله لانه عم كان يصلي
العيد والشمس على قدر رمح اي قدر رمح او رمحين دليل دخول الوقت وقوله ولما شهدوا بالهلال دليل خروج الوقت وذلك لانه عم
امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل الصلوة وكان ذلك تاخيرا بلا عذر سماوي ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلوة في
وقتها اولى وفعله عم لا يحمل الا على الاولى مهما امكن وقوله ويصلي الامام بالناس ركعتين ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا
ثلث والموالاة في القراءة خلافا له وقوله وظهر عمل العامة اي عمل الناس كافة بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فان الولاية
لما انتقلت اليهم امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى ابو يوسف بالناس حين
قدم بغداد صلوة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هارون الرشيد وامره بذلك وكذلك روي عن محمد لا مذهبا واعتقادا
لان المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة
وابي مسعود الانصاري فكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي حديث الطحاوي مسندا الى النبي عم انه صلى يوم
العيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال لا تسهو كتكبير الجنائز واشار باصابعه وقبض ابهامه فيه قول وفعل
واشارة الى اصل وتاكيد فلا جرم كان الاخذ به اولى واراد بقوله اربعا اربع تكبيرات متوالية ولان التكبير ورفع الايدي
من حيث المجموع خلاف المعهود في الصلوات فكان الاخذ بالقليل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان
كتكبيرة الافتتاح فكان الاصل فيه الجمع لان الجنسية علة الضم في الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها
من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم توجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها وقوله والشافعي اخذ بقول ابن عباس
الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر فيه اشتباه لان قوله حمل المروي اما ان يريد
به المروي في هذا الكتاب بقوله اولا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يركع
وفي رواية يكبر اربعا او غير ذلك فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يعلو قدر المص عن ذلك وان كان الاول لم ترتق
التكبيرات الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسعة او عشرة وبالاصليات تكون ثنتي عشرة او ثلث عشرة وايضا قال
وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس ثم قال والشافعي اخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي ان يكون عمل العامة اليوم على
خمسة عشر تكبيرة او ستة عشر وليس كذلك واراد ذلك بان يقول روي عن ابن عباس روايتان احديهما انه يكبر في العيد
ثلث عشرة تكبيرة والاخرى انه يكبر ثنتي عشرة تكبيرة فنقر علماؤنا روايته بان ذلك انما هو باضافة الاصليات لان الاصليات
ثلث تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع في الركعتين فاذا اضيفت الى خمسة واربعة صارت ثنتي عشرة وعلى هذا حمل الكا
فكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس ولا تعقيد في ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعنى قوله

وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على تغيير علمائنا لا على ما حمل عليه الشافعي ويظهر من هذا البيان انما عليه عمل علمائنا انما هو مذهب ابن
عباس لا مذهب الشافعي قال في المحيط ثم عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد الاضحى عملا بالروايتين وخصوا الاضحى
بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين وقوله ويرفع يديه في تكبيرات العيدين ظاهر وليس بين التكبيرات ذكر مسنون وروى
عن ابي حنيفة انه يسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسبيحات لان صلوة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين التكبيرات يشتبه على من كان
نائيا عن الامام والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث وقال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود
ازالة الاشتباه عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف انه لا يرفع يديه لان الرفع سنة الافتتاح
ولا افتتاح في الزوائد فلا رفع كما في تكبيرة الركوع والحجة عليه ما روينا لان ما قاله قياس ترك بالاثر ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح قبل
الزوائد وكذلك التعوذ عند ابي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراءة قال ثم يخطب بعد الصلوة الخطبة في صلوة العيد تخالف خطبة
الجمعة من وجهين احدهما ان الجمعة لا تجوز بلا خطبة بخلاف العيد والثاني انها في الجمعة متقدمة على الصلوة بخلاف العيد ولو قدمها في
العيد ايضا جاز ولا تعاد الخطبة بعد الصلوة وما في الكتاب ظاهر وقوله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام اي ادى الامام صلوة العيد
ولم يؤدها هو لم يقضها عندنا وقال الشافعي يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده فكان له ان يصلي
وحده وعندنا هي صلوة لا تجوز اقامتها الا بشرائط مخصوصة من الجماعة والسلطان فاذا فاتت عجز عن قضائها فان قيل هي قائمة
مقام صلوة الضحى ولهذا اكره صلوة الضحى قبل صلوة العيد فاذا عجز عنها تصير الى الاصل كالجمعة اذا فاتت فانه تصير الى الظهر
اجيب بانا ان سلمنا ذلك لا يضرنا لانه اذا عجز عاد الامر الى الاصل هو صلوة الضحى وهي غير واجبة فيتخير وفي الجمعة اذا عجز عاد الى
اصل هو فرض فيلزمه اداؤه وقوله وقد ورد فيه الحديث اي المعهود وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر
بالخروج الى المصلى من الغد وما بعده ظاهر وقوله والتعريف الذي يصنعه الناس انما قيد بقوله يصنعه الناس لانه يجيء لمعان
للاعلام والتطيب من العرف وهو الريح وانشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبه باهل عرفة وهو المراد ههنا وقوله
ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن عباس انه فعل ذلك بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا تشبها
باهل عرفة

فصل في تكبير التشريق

تكبير التشريق لما كان ذكرا خاصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل ترجمة
الفصل بتكبير التشريق وقع على قولهما لان شيئا من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند ابي حنيفة ويجوز ان يقال باعتبار
الغرب اخذ اسمه قال ويبدأ بتكبير التشريق. اختلفت الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة
عمر وعلي وابن مسعود قالوا يبدأ بالتكبير بعد صلوة الفجر من يوم عرفة وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم كعبد الله
ابن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم قالوا يبدأ بالتكبير من صلوة الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو يوسف
في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود صلوة العصر من اول ايام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها
وبه اخذ ابو حنيفة وقال علي وابن عمر في احدى الروايتين عنه صلوة العصر من اخر ايام التشريق فيكون ثلث
وعشرون صلوة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة ان ايام النحر
ثلثة وايام التشريق ثلثة ويمضي ذلك في اربعة ايام فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص والبواقي
فيما بينهما للنحر والتشريق وقوله هذا هو المأثور عن الخليل عم قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل عم لما جاء بالقربان خاف العجلة
على ابرهيم عم فقال الله اكبر الله اكبر فلما رأى ابرهيم عم قال لا اله الا الله والله اكبر فلما علم اسمعيل عم بالفداء قال الله اكبر ولله الحمد
فبقي في الاخرين اما سنة او واجبا على ما نذكر وروي عن ابن عمر ان رسول الله عم قال افضل ما قلت وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة
الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد وقوله مرة واحدة احتراز عن قول الشافعي فانه يذكر التكبير ثلث مرات
وله في ذكر التهليل بعده قولان وقوله وهو عقيب الصلوات المفروضات على الجميعين يشير الى انه اختار كونه واجبا وهو اختيار
فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تع واذكروا الله في ايام معدودات فانه جاء في التفسير ان المراد بها ايام

العشر فيكون واجبا عملا بالامر وذهب بعضهم الى انه سنة قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي قوله
عقيب الصلوات اشارة الى انه لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به حرمة الصلوة حتى لو قام وخرج من المسجد او تكلم يكبر وفي قوله المفروضات
اشارة الى انه لا تكبير بعد الوتر وصلوة العيد والنافلة وقيد بالاقامة لان المسافر لا تكبير الا اذا اقتدى بمقيم وقيد بالامصار لانه
لا تكبير في القرى وقيد بالجماعة لانه لا تكبير على المنفرد وقيد بالمستحبة احترازا عن جماعة النساء فانه لا تكبير عليهن اذا لم يكن معهن رجل
وقالا هو واجب على كل من صلى المكتوبة لانه تبع لها وله ما روينا من قبل يريد به ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله عم لا جمعة ولا تشريق
ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع قلنا
بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ في اشتراط الحرية على قوله فمنهم من شرطها قياسا على الجمعة والعيد ومنهم
من لم يشترطها قياسا على سائر الصلوات وفائدته تظهر فيما اذا ام العبد صلوة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب
التكبير ومن لم يشترطها اوجبه قال يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل اي قول ابي يوسف على ان الامام
وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي لما ذكره في الكتاب بخلاف سجود السهو فانه اذا تركه الامام لا يسجد المقتدي لانه يؤتى به في حرمة الصلوة
بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع الياس عن تكبير الامام بان قام قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها
بيان منزلته عند استاده وحيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حشمة استاده في قلبه فانه لما علم ان المقتدي استاده سهى
عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاده الى الستر عليه حيث كبر ليتذكر هو فكبر وهكذا ينبغي ان يكون المعاملة
بين كل استاده وتلميذ يعني ان التلميذ يعظم الاستاد والاستاد يستر عليه عيوبه

باب صلوة الكسوف

قرن صلوة الكسوف بصلوة العيد لانهما تؤديان بالجماعة في النهار بغير اذان واخرها عن العيد لان صلوة العيد واجبة في الاصح
على ما مر يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز. الشمس
طالعة ليست بكاسفة. تبكي عليك نجوم الليل والقمرا. قيل معناه ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوئها
وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه يغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته اي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجمعت الامة
على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا تضاف اليه وشروطها شروط سائر الصلوات وهي سنة لان رسول
الله عم صليها وكيفية ادائها ان يصلي امام الجمعة في الجامع او في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة
بلا اذان ولا اقامة بركوع واحد قال الشافعي اذا كسفت الشمس في وقت مكروه او غيره يودي الصلوة جامعة وصلى الامام
بالناس ركعتين يقرء في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل
ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم ويقرء سورة آل عمران ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه
مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع راسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم فيمكث في قيامه ويقرء فيه مقدار ما قرء في القيام الثاني من
الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل ما مكثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث
فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم مثل ثلثي قيامه في القيام الاول من هذه الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلوة
واحتج على ذلك بحديث عائشة ان النبي عم صلى صلوة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا
حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم بالفاظ مختلفة ان النبي عم صلى في كسوف
الشمس ركعتين كاطول صلوة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح
لرواية ابن عمر لان الحال اكشف على الرجال لقربهم وتاويل ما رواه ما ذكره محمد في صلوة الاثر قال يحتمل ان النبي عم اطال
الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات فرفع اهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه عم رفع راسه من الركوع
فمن خلفهم رفعوا رؤسهم فلما رأى اهل الصف الاول رسول الله راكعا ركعوا فلما رفع رسول الله راسه من الركوع رفع
القوم رؤسهم ومن كان خلف الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع

لمن كان في آخر الصفوف وعائشة رضي كانت واقفة في صف النساء فان قيل قد روى حديثهما من الرجال ابن عباس وقد كان
في صفهم اجيب بانه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت قوله ويطول القراة فيهما اي في الركعتين وقوله فبيان الافضل
لان فيه متابعة النبي عم فانه صح ان قيام رسول الله كان في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر قراة سورة آل عمران وقوله
فلهما رواية عائشة فانها روت ان رسول الله عم قرء قراة طويلة يجهر بها يعني في صلوة الكسوف وله رواية ابن
عباس وسمرة بن جندب انه لم يسمع من قراة فيها حرفا والترجيح قد مر من قبل يعني قوله والحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل
ذكر في المبسوط ان عليا روى حديثهما فان صح ذلك فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الى الاصل فانها صلوة
نهارية والاصل فيها الاخفا قال عم صلوة النهار عجما وقد تقدم ذلك وقوله ويدعو بعدها اي بعد صلوة الكسوف
ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون وقوله من هذه الافزاع
الفزع الخوف وكلامه واضح فان لم يحضر يعني الامام صلى الناس فرادى ان شاؤا ركعتين وان شاؤا اربعا لان هذا تطوع
والاصل في التطوعات ذلك وقوله تحرزا عن الفتنة اي فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما وقوله وليس في
كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا في هذا اللفظ وقالوا انما تستعمل في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق
البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت الشمس والقمر جميعا وقوله فافزعوا الى الصلوة الحديث روى
ابو مسعود الانصاري قال انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ولد النبي عم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عم
ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا تنكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا
الى الصلوة اي التجئوا اليها فان قيل امر والامر للوجوب فكان ينبغي ان يكون صلوة الكسوف واجبة قلنا قد ذهب
الى ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها سنة لانها ليست من شعائر الاسلام
فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي عم فكانت سنة والامر للندب وقوله وليس في الكسوف اي كسوف الشمس والقمر
خطبة وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد الصلوة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة قالت خسفت
الشمس على عهد رسول الله عم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل وذلك دليل على انه لم يفعل وان صح فتأويله
انه عم خطب لان الناس كانوا يقولون انها كسفت لموت ابرهيم فاراد ان يرد عليهم والله اعلم بالصواب

باب الاستسقاء

اخر صلوة الاستسقاء عن صلوة الكسوف لان صلوة الكسوف
سنة وقال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء
والاستغفار لقوله تع استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا روى ان قوم نوح عم لما كذبوه
بعد طول تكرير الدعوة حبس الله عنهم القطر واعقم ارحام نسائهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم انهم ان
آمنوا رزقهم الله الخصب ورفع عنهم ما كانوا عليه ووجه الاستدلال به ان شرائع من قبلنا شرائع لنا اذا قص الله
ورسوله من غير انكار وهذا كذلك ورسول الله عم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وانما المروي عنه عم في ذلك الدعاء
روى انس عنه ان الناس قد قحطوا في زمن رسول الله عم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله يخطب فقال
يا رسول الله هلكت المواشي وخشينا الهلاك على انفسنا فادع الله ان يسقينا فرفع رسول الله عم يديه فقال اللهم
اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير رائث قال الراوي ما كان في السماء قزعة فارتفعت السحاب
من ههنا وههنا حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي عم يخطب والسماء تسكب
فقال يا رسول الله تهدم البنيان وانقطعت السبل فادع الله ان يمسكه فتبسم رسول الله عم لملالة بني آدم قال
الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب
وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء وقال ابو يوسف

يصلي الامام ركعتين لما روي انه عم صلى ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما الكلام في انها سنة او لا والسنة ما واظب النبي عم عليه
وههنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن فعله اكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون سنة فان قيل كلام المص متناقض لانه قال اولا ولم ترو عنه
الصلوة ثم قال لما روي عنه فالجواب ان المروي لما كان شاذا فيما يعم به البلوى جعله كانه غير مروي وقوله وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده
يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب وقوله ويجهر فيهما
بالقراة اتفقا على الجهر بالقراة اعتبارا بصلوة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة واحدة وبكل
ذلك ورد الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده قال ابن عباس خرج رسول الله عم متبذلا متواضعا
متضرعا حتى اتى المصلى فرقا على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة لما روي انه عم
فعل كذلك روي عن ابي يوسف انه قال ان شاء رفع يديه في الدعاء وان شاء اشار باصبعه ويقلب رداءه وصفة التقليب ان كان الرداء
مربعا ان يجعل اعلاه اسفله واسفله اعلاه وان كان مدورا بان كان جبة ان يجعل الايمن ايسر والايسر ايمن وقوله لما روينا يريد به
قوله لما روي انه عم استقبل القبلة وحول رداءه قال المص هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة فلا يقلب ولم يذكر قول ابي يوسف لانه
مضطرب ذكره الحاكم مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد وقوله لانه اي الاستسقاء دعاء وليس في شيء من الادعية قلب رداء فكذا هذا
وقوله وما رواه كان تفاؤلا جواب عن استدلالهم بالحديث ومعناه ان النبي عم تفاءل بتغير الهيئة ليتغير الهواء يعني غير ما كنا عليه فغير
الله الحال وفي كلامه نظر من وجهين احدهما انه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني ان انه عم تفاءل بذلك فليتفاءل كل
من ابتلي بذلك تاسيا به صلعم والجواب عن الاول انه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض
النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل على القلب وما رواه انس رضع يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا فصير الى ما بعدهما من الحجة
وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذكره وعن الثاني بان النبي عم يجوز ان يكون علم بالوحي ان الحال ينقلب بالخصب متى قلب
الرداء وهذا مما لا يتاتى من غيره فلا فائدة في التاسي ظاهرا فيما ينفيه القياس وقوله ولا يقلب القوم اردیتهم قيل هو بالتشديد
لان فيه تكثير الخلاف الاول وقوله لانه لم ينقل انه عم امرهم بذلك فيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل لانه احتجاج بلا دليل وقد مثل
هذا صنع في آخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل والجواب ان التعليل بالنفي لا يصح اذا لم يكن العلة متعينة اما اذا كانت
فلا باس به لان انتفاء العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم الا ترى الى قول محمد في ولد المغصوبة انه لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه
وهو صنعة اصول الفقه فان قيل قد روي ان القوم قلبوا اردیتهم حين رأوا قلب النبي عم ولم ينكر عليهم اجيب بان قلبهم
هذا كخلعهم النعال حين رأوه عم خلع نعليه في صلوة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بلا خلاف
وانما الكلام في كونه سنة وقوله ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء ظاهر وانما يخرج المسلمون ثلثة ايام ولم ينقل اكثر من ذلك وقيل
يستحب للامام ان يامر الناس بصيام ثلثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم الامام في اليوم الرابع
وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين ومتضرعين لله تعالى ويستحب اخراج الدواب والله اعلم

باب صلوة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل منهما لعارض خوف وقدم الاستسقاء
لان العارض ثمه انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلوة الخوف
ما ذكره في الكتاب وقوله اذا اشتد الخوف ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلوة الخوف نفس قرب
العدو من غير ذكر الخلاف والاشتداد وقال فخر الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف على ما عرف
من اصلنا في تعليق الرخص بنفس السفر لا حقيقة المشقة لان السفر سبب المشقة فاقيم مقامها فكذا حضرة العدو ههنا سبب
الخوف واقيم مقام حقيقة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليها اذا تنازع القوم في الصلوة خلف الامام فقال كل طائفة
منهم نحن نصلي معك واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام بطائفة تمام الصلوة ويرسلهم الى وجه العدو ويامر رجلا من الطائفة
التي كانت بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلوتهم ايضا ويقوم التي صلت مع الامام بازاء العدو وقوله وابو يوسف وان انكر

شرعيتها الى كونها مشروعة وكان يقول اولا مثل ما قالا ثم رجع وقال كانت مشروعة في حيوة النبي عم خاصة لقوله تع واذا كنت فيهم الآية لينال كل طائفة فضيلة الصلوة خلفه عم وقد ارتفع ذلك بعده وكل طائفة يتمكن من اداء الصلوة بامام على حدة فلا يجوز اداؤها بصفة الذهاب والمجيء وقوله بما روينا يريد به قوله والاصل فيه رواية ابن مسعود ان النبي عم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف لم ينكر شرعيتها في زمنه عم فكيف يكون صلوته عم حجة على ابي يوسف والجواب انه حجة على ابي يوسف من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لان السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله عم كما كان في حيوته ولم يكن ذلك لينال فضيلة الصلوة خلفه عم لان ترك المشي والاستدبار في الصلوة فريضة والصلوة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يختص به كما في قوله تع خذ من اموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبي عم فانه روي عن سعد بن ابي وقاص وابي عبيدة بن الجراح وابي موسى الاشعري وكذا روي عن سعد بن العاص انه حارب المجوس بطبرستان ومعه حسن بن علي وحذيفة اليماني وعبيد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلوة الخوف ولم ينكر احد فحل محل الاجماع وقوله ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس لان فرض القراءة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طائفة في ذلك حظ وقوله لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن معناه انه يصلي بكل طائفة شطر الصلوة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة الاولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فيثبت في كلها بحكم السبق وقال الشافعي ان شاء صلى مثل مذهبنا وان شاء يصلي مثل مذهب الثوري ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت صلوتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي في القديم لظاهر قوله تع وليأخذوا حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح في الصلوة لا يكون الا للقتال به ولنا ما ذكره ان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها والامر باخذ الاسلحة كيلا يطمع فيهم العدو اذا راوهم غير مستعدين او ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلوة وقوله فان اشتد الخوف بان لا يدعهم العدو ان يصلوا نازلين بل يهجمونهم بالمحاربة صلوا ركبانا فيه اشارة الى ان اشتداد الخوف شرط جواز الصلوة ركبانا مومئين لا شرط جواز صلوة الخوف حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلوته لانه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي والذهاب فانه ورد فيهما النص ببقاء التحريمة وان كان عملا كثيرا وعن محمد انهم يصلون جماعة استحسن ذلك لينال فضيلة الصلوة بالجماعة وليس بصحيح لان اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء ولم يوجد الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق في هذا ايضا بين السبع والعدو والله اعلم

باب صلوة الجنائز

الجنائز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعي لا يقال بالفتح ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلوة الجنازة آخرا للمناسبة الا ان هذا يقتضي ان يذكر الصلوة في الكعبة قبلها ولكن اخرها ليكون ختم كتاب الصلوة بما يتبرك بها حالا ومكانا واذا احتضر الرجل اي قرب من الموت وقد يقال احتضر اي مات لان الوفاة حضرته او ملائكة الموت وقوله على شقه اي جنبه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لانه اشرف عليه اي على الوضع في القبر والشيء اذا قرب من شيء اخذ حكمه وقوله ولقن الشهادة تلقينها ان يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله والمراد الذي قرب من الموت دفع لوهم من يتوهم ان المراد به قراءة التلقين على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قوله من قتل قتيلا فله سلبه وقوله ثم فيه تحسينه لانه اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس

فصل ذكر احوال الميت في فصول وقدم الغسل لانه اول ما يفعل به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلفوا في سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث يحله باسترخاء المفاصل لا لنجاسة تحل به فان الآدمي لا ينجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على اعضاء الوضوء كما في حال الحيوة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجنابة

كالجنابة لا يكتفى فيها بغسل الاعضاء الاربعة بل يبقى على الاصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج فكذا هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان للآدمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره منها الا ترى انه اذا مات في البئر نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلوته ولو لم يكن نجسا لجازت كما لو حمل محدثا ويجوز ان يزول نجاسته بالغسل كرامة قوله واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه اي عن الميت وقوله لينصب عنه علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع التخت الى القبلة طولا او عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلوة بالايماء ومنهم من اختاره عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الائمة السرخسي والاصح انه يوضع كيف اتفق فانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف فيه ان يضجع مستلقيا على قفاه ويجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر فان الآدمي محترم حيا وميتا فيستر عورته كذلك ويكتفى بستر العورة الغليظة بان يستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية تيسيرا الا انه يشق عليهم غسل ما تحت الازار وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية النوادر فانه قال فيها ويوضع على عورته خرقة من السرة الى الركبة ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي ان السنة ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكمين لان النبي عم لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه وما كان سنة في حق النبي عم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص وقلنا قد قام دليل التخصيص وهو ما روت عائشة ان النبي عم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندري كيف نغسله نغسله كما نغسل موتانا او نغسله وعليه ثيابه فارسل الله تع عليهم النوم فما منهم الا نائم وذقنه على صدره اذ نادى مناد ان اغسلوا رسول الله عم وعليه ثيابه فقد اجمعت الصحابة ان السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص عم عن ذلك بالنص لعظم حرمته ووضوؤه من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال واما تركهما فلان اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة ولو كبوه على وجهه فربما خرج من جوفه ما هو شر منه وقال الشافعي يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحيوة واجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي عم قال الميت يوضا وضوءه للصلوة ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب انه يستنجي او لا وذكر في صلوة الآثار ان على قول ابي حنيفة ومحمد يستنجي وعلى قول ابي يوسف وحده لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فيخرج نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فائدة ولهما ان موضع الاستنجاء قلما يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على ان بقية الافعال من تقديم غسل اليدين الى الرسغ والمسح على الرأس كما كانت في الجنابة هو الصحيح وفي صلوة الآثار لا يبدأ بغسل اليدين بل بغسل الوجه ولا يمسح على الرأس وقوله ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلثا وان زاد على ذلك جاز كما في حال الحيوة وقوله ويجمر سريره اي يبخر يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود الى السرير ثلثا او خمسا او سبعا اما التجمير فلان فيه تعظيم الميت واما الايتار فلقوله عم ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم قال الشافعي الغسل بالماء البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسات المنجسة للكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف فيكون افضل وزيادة الاسترخاء قد تعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ من الغسل فان لم يكن اي فان لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو الاشنان يغسل بالماء القراح اي الخالص واما اذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود انه يبدأ اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم بماء السدر والحرض ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم بماء الكافور ان وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بآدم عم حين غسلوه ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف لانه مثل الصابون في التنظيف قوله ثم يضجع على شقه الايسر وقوله لان السنة هي البداءة بالميامن روي عن ام عطية ان رسول الله عم قال لهن

فی غسل ابنته اتّزن بما منها ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف حتى ان بقي عند المخرج شي يسيل تحرزا عن تلوث
الكفن والاصل فيه ماروی ان عليًّا لما غسل رسول الله صلعم مسح بطنه بيده رفيقا طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيا فقال طبت حيا
وميتا فان خرج منه شي غسله قيل بعد ان يمسحه لان الغسل قبل المسح ربما يعديها عن ذلك الموضع ولا يعيد غسله روى بضم العين وفتحها
ولا وضوءه لان الغسل قد عرفناه بالنص وهو قوله صلعم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط
الواجب فلا يعيده واما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور
في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروى عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه قال يقعده اولا
ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلثا بعد خروج النجاسة وجه الظاهر
ان النجاسة قد يكون متعلقة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بما جاز فكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراج ما فيه من النجاسة فيكون اولى
واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية اغسلنها ثلثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي يغسل
اولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلثا وقال بعض الشارحين
ترك المص ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه ورد بانه قال بعد ذلك ويغسل راسه ولحيته بالخطمي
وغسل الراس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون ذلك ثالثا وانما ذلك ذكر الغسل اجمالا وما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز
ان يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين مختار المص والتثليث في الصب سنة عند كل اضجاع وهذا انسب قيل النية لا بد منها
في غسل الميت حتى لو وجد الغريق وجب غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني ادم ولم يوجد
منهم شي عند عدم التحريك وفيه نظر لان الماء مزيل بطبعه فكما لا تجب النية في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى
قاضي خان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزأهم ذلك وقوله ثم ينشفه ظاهر والحنوط عطر مركب من اشيا طيبة والمراد
بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضا فتختص بزيادة الكرامة وقوله ولا يسرح شعر
الميت تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض وقيل تحليله بالمشط وقيل مشطه وقوله ولا يقص ظفره روى عن ابي حنيفة وابي
يوسف ان الظفر ان كان منكسرا فلا باس باخذه وقوله علام اصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فاسقط الفها كما
في قوله تع عم يتساءلون ويقال نصوت الرجل نصوا اي اخذت ناصيته ومددتها روى ان عائشة سئلت عن تسريح شعر
راس الميت فقالت علام تنصون ميتكم كانها كرهت تسريح راس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه
قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب اشكال اي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة
ولا يعتبر في حقه زوال الجز بخلاف الميت فانه لا يسن فيه ازالة الجز كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بان يختن الحي
ولا يختن الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة تتضمن ابانة الجز يجب ان يفرق بينهما ولم اجد له ربطا بكلام المص اصلا ولكني اقول قوله
ولان هذه الاشيا للزينة اي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها اي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشيا فان قيل لا نسلم ان هذه
الاشيا لزينة الميت فانها تفعل بالحي ايضا اجاب بقوله وفي الحي كان تنظيفا يعني ما كانت تفعل بالحي من حيث انها زينة
بل من حيث انها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها وذكر الضمير في تحته بتاويل المذكور ينبغي ان يقال بعد انه كان في الحي تنظيفا لكن الميت ايضا
محتاج الى التنظيف ولهذا قال يغلي الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف ويغسل راسه ولحيته ليكون انظف له فليعمل به من حيث
التنظيف ويمكن ان يقال انه تنظيف بابانة جزو وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان هذا ما سنح لي في هذا المقام
رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من الافعال تكفين الميت لغة بالكفن وهو واجب تدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية
ولذلك قالوا ومن لم يكن له مال فكفنه على من تجب نفقته كالمرأة كسوته في حال حيوته وقوله السنة ان يكفن يعني تكفينه في ثلثة اثواب سنة
وذلك لا ينافي ان يكون اصل التكفين واجبا ثم التكفين اما ان يكون في حالة الضرورة او لا فان كان الاول كفن بما وجد لما روى ان مصعب
ابن عمير صاحب راية رسول الله صلعم استشهد يوم احد وترك نمرة وهي كسا فيه خطوط بيض وسود فامر رسول الله صلعم
بذلك فامر بان يكفن فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة بما ذكر في الكتاب
والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن وفي حق المراة خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة
تربط فوق ثدييها وكفن كفاية وهو في حق الرجل ثوبان ازار ولفافة وفي حق المراة ثلثة قميص وازار وخمار وما في الكتاب واضح

فصل في صلوة الميت

الصلوة على الميت فرض كفاية اما فرضيتها فلان الله تع امر بقوله وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك اجتمعت
الامة واما انها على الكفاية فلان في الايجاب على الجميع استحالة او حرجا فاكتفي بالبعض كما في الجهاد وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
ان الامام الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر فامام المصر اولى فان لم يحضر فالقاضي اولى فان لم يحضر فصاحب الشرط
اولى فان لم يحضر فامام الحي فان لم يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية اخذ كثير من مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز
ان يراد به الامام الاعظم ان حضر وامام المصر وقوله ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف فالولي اولى بالصلوة
على الميت على كل حال قال الله تع واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله ولهما ان الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات خرج الحسين
والناس لصلوة الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم فقال له الحسين تقدم
ولولا السنة ما قدمتك والاية محمول على المواريث وعلى ولاية المناكحة وقوله والاوليا على الترتيب المذكور في النكاح يقتضي ان يقدم
الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلوة ان الاب اولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد فاما على قول ابي حنيفة فالابن اولى
وعلى قول ابي يوسف الولاية لهما الا انه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل ما ذكره في صلوة الجنازة ان الاب اولى قول
الكل لان للاب زيادة فضيلة وسن ليست للابن وللفضيلة اثر في استحقاق الامامة فرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول
هولاء قوله والاوليا على الترتيب المذكور في النكاح محمول على غير الاب والابن فبنو الاعيان يحجبون بني العلات والاكبر سنا
يحجب الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلعم امر بتقديم الاسن فان اراد الاكبر ان يقدم انسانا فليس له ذلك الا برضا الاخر لان الحق
لهما لاستوائهما في القرابة وان اراد بنو الاعيان تقديم انسان فليس لاحد من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم والزوج
عند المراة احق من زوجها ان لم يكن له منها ابن لانقطاع النكاح بموتها والاتحاق بالاجانب فان كان ذلك فهو احق بالصلوة
عليها لان الحق يثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم اباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلوة عليها من هذا الوجه وقال القدوري
وسائر القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي الزوج اولى لان ابن عباس صلى على امراته وقال انا احق بها ولنا ما روي عن ابن عمر
انه لما ماتت امراته قال لاوليائها كنا احق بها حين كانت حية فاذا ماتت وانتم احق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان
امام حي فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو
المقدم على الولي ثم هو ليس بمنحصر على السلطان بل كل من كان مقدما على الولي في ترتيب الامامة في صلوة الجنازة على ما ذكرنا فصلى
لا يعيد الولي ثانيا قال الامام الولوالجي في فتاواه رجل صلى على جنازة والولي خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى
مرة وان لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا او الامام الاعظم في البلدة او القاضي والوالي على البلدة او امام حي ليس له ان يعيد
لان هولاء هم الاولون منه وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر في التجنيس والفتاوى الظهيرية قال في النهاية ذكر في الكتاب اعادة
الولي اذا لم يصلها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها ويجب ان يكون حكمه في الاعادة كحكم الولي فلما ثبت حق الاعادة في
للادون فلان يثبت للاعلى منه اولى وقال وقد وجدت رواية نوادر الصلوة تشهد بما ذكر وقال في قوله وان صلى الولي
لم يجز لاحد ان يصلي بعده تخصيص الولي ليس بمفيد لانه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلوة على الميت
ممن ذكرنا ليس لاحد ان يصلي بعده ايضا على ما ذكرنا من رواية الولوالجي والتجنيس وعند الذي ذكره بقوله لم يجز لاحد ان يصلي بعده
مذهبنا وقال الشافعي تعاد الصلوة على الجنازة مرة بعد اخرى لما روي ان النبي عم مر بقبر جديد فسال عنه فقيل قبر فلانة
فقال هلا اذنتموني بالصلوة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولما قبض رسول
الله عم صلى عليه اصحابه فوجا بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب وقوله وهو اليوم كما وضع لان لحوم الانبياء عم حرام على

ولاية

الارض به ورد الاثر وانما صلى النبي عم لان الحق كان له قال الله تع النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وليس لغيره ولاية
الاسقاط وهكذا تاويل فعل الصحابة فان ابابكر كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره
وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل احد بعده عليه كذا في المبسوط وقوله صلى على قبره يعني اذا وضع اللبن
على اللحد اذا وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى عليه لان التسليم لم يتم بعد كذا في المحيط وقوله والمعتبر في ذلك اي في عدم
التفسخ وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف في الامالي انه يصلى على الميت في القبر الى ثلثة ايام وبعده لا يصلى
عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة والصحيح ان ذلك ليس بتقدير لازم لان تفرق الاجزاء تختلف باختلاف
حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة والذي روي
ان النبي عم صلى على شهداء احد بعد ثماني سنين معناه دعا لهم وقيل انهم لما دفنوا لم تتفرق اعضاؤهم واذا كان اكبر
الراي هو المعتبر فان كان في اكبر رايهم قوله والصلوة ان يكبر تكبيرة • الصلوة على الميت اربع تكبيرات يحمد الله تع عقيب التكبيرة
الاولى ولم يعين نوعا من الثنا بخلاف ساير الصلوات فانه يقول فيها سبحانك اللهم الخ وقد اختلفوا في هذا بعد التحريمة
قال بعضهم يحمد الله كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ كما في الصلوة المعهودة واري
انه مختار المص حيث اشار بقوله والبداءة بالثنا فان المعهود من الثنا ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات الا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة
ثانية يصلي على النبي عم لان الثناء على الله يعقبه الصلوة على النبي عم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو فيها
للميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا ان كان يحسن ذلك والا فياتي باي دعاء شاء لان الثنا على الله والصلوة على
النبي عم يعقبه الدعا والاستغفار قال عم اذا اراد احدكم ان يدعو فليحمد الله وليصل على النبي عم ثم يدعو ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي عم كبر اربعا
في اخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها فكان ما بعد التكبيرة الرابعة اوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعا سوى السلام وظاهر الرواية
واختار بعض المشايخ ان يقال ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم ان يقول
ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا الاية ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا انه عم كبر اربعا في اخر صلوة
صليها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا كبر خمسا فيتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت ان الصحابة تشاوروا
فرجعوا الى اخر صلوة صليها فصار ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطا واذا لم يتابعه ماذا يصنع في رواية عن ابي حنيفة يسلم الحال
تحقيقا للمخالفة وفي اخرى ينتظر تسليم الامام ليصير متابعا فيما وجب المتابعة فيه وقال المص وهو المختار وقوله والاتيان بالدعوات
يعني بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود هو الدعاء والبداءة بالثنا والصلوة على النبي عم سنة الدعا تحصيلا للاستجابة فانه روي ان رسول
الله عم راى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلوة فقال عم ادع فقد استجيب لك وعلى هذا الاستغفار للصبي لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم
اجعله لنا فرطا اي اجرا يتقدمنا واصل الفرط فيمن يتقدم الواردة ومنه الحديث انا فرطكم على الحوض اي متقدمكم واجعله لنا ذخرا
اي خيرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا اي مقبول الشفاعة وقوله ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين طام وحاصله ان الحاضر بعد التكبيرة
الاولى عند ابي يوسف كالمسبوق والمسبوق ياتي بتكبيرة الافتتاح واذا انتهى الى الامام فكذا هذا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة
ركعة من الصلوة ولهذا قيل اربع كاربع الظهر والمسبوق لا ياتي بما فاته قبل فراغ الامام فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه ويكون هذه التكبيرة
تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته من تكبيرة او تكبيرتين ياتي به بعد ما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس رضي وقوله اذ هو
اي الابتداء قبل ادائها ما ادرك مع الامام منسوخ وقوله ولو كان حاضرا اي الذي فاته التكبيرة لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة
ضرورة العجز عن المقارنة وشرط قضاء التكبيرات الفائتات ان لا ترفع الجنازة لان الصلوة لا تجوز بعد رفعها وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا سلم
الامام فان عند ابي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل ان ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند ابي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا
بشيء لانه كبر عند الدخول ولو كان مسبوقا باربع تكبيرات وجاء قبل ان يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلوة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا
بقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول ابي يوسف يكبر ويشرع في صلوة الامام ثم ياتي بالتكبيرات بعد ما سلم

سلم قبل ان ترفع الجنازة قوله ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذاء الصدر كلامه واضح والوسط قال صاحب النهاية لانه اسم مبهم لداخل
الشيء ولذا كان ظرفا يقال جلست وسط الدار بالسكون وهو المراد بخلاف المتحرك لانه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس يراد والنعش شبه المحفة مشبك
مطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب وقوله لانه دعاء يعني في الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط
القيام كساير الاركان وفي الاستحسان لا يجزيهم يعني يجب عليهم الاعادة لما ذكر في الكتاب وقوله ولا باس بالاذن اي باذن الولي
لغيره بالامامة اذا احسن ظنه بشخص ان في تقديمه مزيد خير وثواب وشفاعة ارجى له لان الصلوة على الميت حقه فجاز ان ياذن لغيره وقيل
معناه لا باس باذن الولي الناس بالانصراف بعد الصلوة اذ لا يسعهم الانصراف عنها قبل الدفن الا باذن الولي وقوله وفي بعض النسخ اي
نسخ الجامع الصغير بالاذان اي اعلام الاقارب والجيران قال عم اذا مات احدكم فاذنوني بالصلوة اي اعلموني وقد استحسن بعض المتاخرين
النداء في الاسواق للجنازة التي يرغب الناس في الصلوة عليها كالزهاد والعلماء وقوله ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة اذا كانت
الجنازة في المسجد فالصلوة عليها مكروهة باتفاق اصحابنا وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق
وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي لا يكره على كل حال لما روي انه لما مات سعد بن ابي وقاص
امرت عائشة بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها ازواج النبي عم ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم
فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلعم على جنازة سهيل بن البيضاء الا في المسجد ولنا ما روى ابو هريرة قال من صلى على جنازة
في المسجد فلا اجر له وحديث عائشة مشترك الالزام لان الناس في زمانها المهاجرون والانصار قد عابوا عليها فدل على ان كراهة ذلك كانت
معروفة فيما بينهم وتاويل صلوته عم على جنازة سهيل في المسجد انه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة فوضعت خارج
المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره ان يصلي الناس عليها في المسجد لما نذكره وقوله ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث
المسجد دليلان معقولان على ذلك وقع اختلاف المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا اليهما فمن نظر الى الاول قال بالكراهية وان كانت
خارجة ولا يلزمه النفل في المسجد لانه تبع للمكتوب ومن نظر الى الثاني حكم بعدمها لان العلة وهي التلويث لم توجد فان قيل حديث ابي هريرة
مطلق فالتعليل بالتلويث في مقابلة النص وهو باطل فالجواب ان قوله عم في المسجد يحتمل ان يكون ظرفا للصلوة فكان دليلا للاولين
ويحتمل ان يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا لتعليل الاخرين وقوله ومن استهل على بناء الفاعل واستهلال الصبي ان يرفع صوته
بالبكاء عند ولادته وذكر في الايضاح هو ان يكون منه ما يدل على حيوته من بكاء او تحريك عضو او طرف عين وكلامه واضح وقوله لانه نفس
من وجه دليل غير ظاهر الرواية وهي عن ابي يوسف وتقريره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى حظا من الشبهين
فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار وقوله واذا سبي صبي يعني فلا يخلو اما ان يكون مع احد ابويه
او لا فان كان الاول فمات لم يصل عليه لانه كافر تبعا للابوين لقوله عم الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد
للابوين الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل صفته المذكورة في حديث جبرئيل عم ان تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الاخر والقدر خيره وشره
من الله وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير والكفر ضلال واتباعه شر لانه صح اسلامه استحسانا وان لم
قياسا كما هو مذهب الشافعي على ما عرف في الاصول وقوله او يسلم عطف على قوله الا ان يقر يعني انه اذا اقر بالاسلام وهو يعقل او يسلم احد
ابويه صح اسلامه لما روينا وان كان الثاني صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط على ما سيجي فان قيل اذا كان
الدار مما يتبع فليتبع وان سبي معه احد ابويه ترجيحا للاسلام كالابوين اذا كان احدهما مسلما اجيب بان تاثير الدار في الاستتباع دون
تاثير الولادة لان النبي عم حكم باستتباع الابوين دون الدار مع قيام الدار ولو لم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الاسلام اصلا وكان
ما ترك ابواه لبيت المال لاختلاف الدينين ولم يذكر المص تبعية اليد بعد تبعية الدار فانه لو وقع من الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب
فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية الدار وقوله وان مات الكافر وله ولي مسلم
اي قريب لان حقيقة الولاية منفية قال الله تع لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء واطلق ليتناول كل قريب من ذوي الفروض والعصبات
وذوي الارحام وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من اقربائه

الكفار من يتولى امره فان كان ثمه احد منهم فالاولى ان يخلي المسلم بينه وبينهم ليصنعون به ما يصنعون بموتاهم بذلك امر علي روي انه لما مات
ابو طالب جاء علي رضي الى رسول الله عم وقال يا رسول الله ان عمك الضال وفي رواية الشيخ الضال قد مات فقال عم اغسله وكفنه وواره
ولا تحدث به حدثا حتى تلقاني اي لا تصل عليه وقوله لكن يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كغسل المسلم من البداءة بالوضوء وبالماء
ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلوته بخلاف المسلم فانه لو حمل المصلي
بعد ما غسل جازت صلوته ويلف في خرقة يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور **فصل في حمل الجنازة** اذا حملوا الميت على سريره اخذوا
بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو
لم يتبعه احد كان سوله جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم تحمل كما يحمل الاحمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي
السنة ان يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بان النبي عم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين قلنا كان ذلك
لازدحام الملائكة وكان الطريق ضيقا حتى روي انه عم كان يمشي على روس اصابعه وصدور قدميه فكان حالة ضرورة ونحن نقول به
وقوله ويمشون به مسرعين دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق خطو فسيح واسع لما روي ان النبي عم سئل عن المشي
بالجنازة فقال ما دون الخبب فان لم يكن خيرا عجلتموه اليه وان لم يكن شرا وضعتموه عن رقابكم او قال فبعدا لاهل النار والخبب
مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين والمشي خلف الجنازة افضل وقال الشافعي قدامها افضل لان ابا بكر وعمر كانا يمشيان
امام الجنازة وقال ابن مسعود المشي خلف الجنازة على المشي امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل ابي بكر وعمر على التيسير على الناس كانوا يتحرزون
عن المشي امامها فلو اختار المشي خلفها لضاق الطريق على من يشيعها وهكذا اجاب علي حين قيل له ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة
قال يرحمهما الله قد عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما ارادا ان ييسرا الامر على الناس وقوله واذا بلغوا الى قبره ظاهره وقوله فاذا وضعت عن
اعناق الرجال جلسوا وكره القيام وقوله وكيفية الحمل بهذا اللفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب ابو حنيفة ابا يوسف قال يعقوب
رايت ابا حنيفة يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو افضل منه بل افضل جميع الخلائق
وهو نبينا عم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا ولان حمل الجنازة عبادة فينبغي ان يتبادر اليه كل احد وذكر شيخ الاسلام انما اراد
باليمين المقدم يمين الميت ثم قال فاذا حملت جانب السرير الايسر فذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت وضع
عليها على قفاه فكان يمين الميت يسارها ويساره يمينها ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداءة بالايمن المقدم وذلك يمين الميت
ويمين الحامل فلان النبي عم كان يحب التيامن في كل شيء والمقدم ايضا اول الجنازة والبداءة بالشيء انما يكون من اوله ثم تحول الى
الايمن المؤخر لانه لو لم يتحول الى الايسر المقدم احتاج الى المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه
رجحان التيامن ايضا فبقي جانبان الايسر المقدم والايسر المؤخر فيختاره تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لان فيه الختم بالايسر المؤخر وختم
بذلك اولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها افضل كما مر وقوله وهذا اي حملها على الوجه المذكور في حالة التناوب يعني
عند وفور الحاملين ليدفع الجانب الذي حمله الى غيره وينتقل الى الجانب الاخر **فصل في الدفن** اصل هذه الافعال اعني الغسل
والتكفين والدفن في بني ادم عرف بفعل الملائكة في حق ادم عم روي ان رسول الله عم قال لما توفي ادم عم غسلته الملائكة وكفنوه
ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم ويلحد الميت واللحد فعل في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر ويلحد للميت ولا يشق له خلافا للشافعي
فانه يقول بالعكس لتوارث اهل المدينة الشق دون اللحد ولنا قوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما فعل اهل المدينة الشق لضعف اراضيهم
بالبقيع وصفة اللحد ان يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف
وصفة الشق ان يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع فيها الميت وقوله ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني يوضع الجنازة في جانب
القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة ان يسل الى قبره وصفة ذلك ان توضع الجنازة في مؤخر
القبر حتى يكون راس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الرجل الاخذ في القبر فياخذ براس الميت ويدخله في القبر اولا ويسل
كذلك وقيل صورته ان يوضع الجنازة في مقدم القبر حتى يكون رجل الميت بازاء موضع راسه من القبر ثم يدخل الاخذ في القبر فياخذ

فياخذ رجلي الميت ويدخلها القبر اولا ويسل كذلك واحتج بما روي ان النبي عم سل الى قبره ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب
الادخال منه لا يقال هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل لان الرواية في ادخال النبي عم في قبره مضطربة روى ابرهيم النخعي
رح ان النبي عم ادخل قبره من قبل القبلة ورووا بخلافه وروي عن ابن عباس مثل مذهبه وروي عنه ايضا مثل مذهبنا
والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله اي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله
سلمناك كذا في المبسوط قال المص كذا قال رسول الله عم حين وضع ابا دجانة في القبر قال صاحب النهاية والصحيح انه وضع ذا
البجادين لان ابا دجانة مات بعد رسول الله عم في خلافة ابي بكر هكذا ذكر في التواريخ وقوله ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله عم
روي عن علي انه قال مات رجل من بني عبد المطلب فقال عم يا علي استقبل به القبلة استقبالا وقوله ويحل العقدة يعني ان عقد
الكفن مخافة الانتشار لوقوع الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي عم جعل على قبره اللبن وقوله ويسجى قبر المرأة التسجية
التغطية يسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقد صح ان قبر فاطمة سجي بثوب ولا يسجى قبر الرجل
وقال الشافعي يسجى لما روي ان رسول الله عم سجى قبر سعد بن معاذ ولنا ما روي عن علي انه مر بميت وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل
يعني ان مبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب وتاويل قبر سعد بن معاذ ان كفنه ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع
الاطلاع لاحد على شيء من اعضائه وقوله ويكره الاجر والخشب هذا ظاهر الرواية وقوله لانهما اي الاجر والخشب لاحكام البناء
والقبر موضع البلى منهم من فرق بينهما فكره الاجر من حيث عدم التفاؤل به لمساسة النار دون الخشب لعدمه فيه وكان المص
اشار الى ذلك بقوله ثم بالاجر اثر النار فيكره تفوءلا وزيف بان مساس النار لا يصلح علة الكراهة فان السنة ان يغسل الميت بالماء
الحار وقد مسته النار قال شمس الائمة السرخسي والاول اوجه يعني التعليل باحكام البناء لانه جمع في كتاب الصلوة بين
استعمال الاجر ورفوف الخشب وهي الواحه ولا يوجد معنى النار فيهما قوله وفي الجامع الصغير لمخالفة رواية لرواية القدوري
لان رواية القدوري لا تدل على الاستحباب بل على نفي الشدة لا غير ورواية الجامع الصغير يدل عليه ولان رواية القدوري لا تدل على جواز
الجمع بينهما ورواية الجامع الصغير تدل لانه عم جعل على قبره طن اي حزمة من القصب وقوله ثم يهال التراب عليه تقال هلت الدقيق
صببته من غير كيل وكل شيء ارسلته ارسالا من رمل او تراب او طعام ونحوه قلت هلته اهيله هيلا فانهال اي جرى فانصبت
ومنه يهال التراب اي يصب وقوله ويسنم القبر المسنم من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا وقوله ولا يسطح
اي لا يربع وقال الشافعي يربع ولا يسنم لما روي ان ابرهيم ابن النبي عم لما توفي جعل رسول الله عم قبره مسطحا ولنا
ما روي ان النبي عم نهى عن تربيع القبور وعن ابرهيم النخعي انه قال اخبرني من راى قبر النبي عم وقبر ابي بكر وعمر رضي مسنمة عليها
فلق من مدر بيض عمم الراوي ولم يعينه لانه كان في الراوين كثرة وتاويل تسنيم قبر ابرهيم انه صلعم سطح قبره اولا ثم سنم كذا في المبسوط

باب الشهيد

المقتول ميت باجله عند اهل السنة وانما بوب للشهيد بحياله
لاختصاصه بالفضيلة فكان اخراجه من باب الميت بباب على حدة كاخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان
الملائكة يشهدون موته اكراما فكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل لانه حي عند الله حاضر وهو في
اصطلاح الفقهاء من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم تجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون
باية الة كانت وفي معناهم اهل البغي وقطاع الطريق للخروج عن طاعة الامام وقوله وبه اثر اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج
الدم من العين ونحوها وقوله او قتله المسلمون ظلما احتراز عما قتله المسلمون رجما او قصاصا وقوله ولم تجب بقتله دية احتراز
عن شبه العمد والخطا وحكمه ان يكفن بالاتفاق ولا يغسل اذا كان في معنى شهداء احد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي
اما التكفين فهو سنة في موتى بني ادم فان كان عليه ثياب لم تنزع عنه لقوله عم زملوهم بكلومهم ودمائهم وفي رواية بثيابهم وتنزع الفرو
والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون اتماما للكفن على ما ذكرنا واما عدم الغسل
فلانه في معنى شهداء احد وقال عم فيهم زملوهم بكلومهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض

مالى فهو فى معناهم فيلحق بهم والتقييد بالحديدة انما هو اذا كان القتل من المسلمين واما من اهل الحرب والبغى وقطاع الطريق فليس
بشرط لما تقدم لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرطه عند ابى حنيفة ان يكون طاهرا لانه اذا كان جنبا يغسل على ما
يذكر فى الكتاب وشرطه ان لا يكون مرتثا على ما نذكر واما فى الصلوة عليه فقد خالفنا الشافعى وقال السيف محاء للذنوب فاغنى عن
الشفاعة وقلنا الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بالكرامة وقوله والطاهر عن الذنوب جواب عن قوله السيف
محاء للذنوب وهو ظاهر وقوله ومن قتله اهل الحرب ظاهر مما ذكرنا واعترض بانه من قتله اهل الحرب فهو فى معنى شهداء احد فباى شئ
قلتم لم يغسل واما اهل البغى وقطاع الطريق فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء احد فيشترط الحديدة او الالة التى لا تلبث فى
ثبوت الشهادة واجيب بان كلا من الفريقين لما امرنا بقتالهم الحق بقتال اهل الحرب قال الله تعالى فى اهل البغى فقاتلوا التى
تبغى الاية وقال عم فى قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد واذا كان قتالهما مأمورا به صار كقتال اهل
الحرب وفى قتال اهل الحرب الحكم تعميم الالة فكذا فى قتالهما وقوله لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل
من الجنابة والثانى اى الغسل بسبب الموت لم يجب لان الشهادة تمنعه فان قوله عم زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين
الشهيد الجنب وغيره ولابى حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة الا يرى انه لو كان فى ثوب الشهيد
نجاسة يغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل لو لم تكن رافعة لوضئ المحدث اذا استشهد واللازم باطل فكذلك الملزوم
واجيب بانه لا يلزم من ان لا يكون رافعة للاعلى ان لا يكون رافعة للادنى وبانه ثبت بالنص فقد صح ان حنظلة رضى لما استشهد
جنبا غسلته الملائكة فسأل رسول الله عم اهله عن حاله فقالت زوجته انه اصاب منى فسمع الهيعة فاعجلته من الاغتسال
فاستشهد وهو جنب فقال عم هو ذاك الهيعة الصوت الذى يفزع منه فان قيل الواجب غسل بنى ادم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا
لامر عم باعادة غسله اجيب بان الواجب هو الغسل واما الغاسل فيجوز كائنا من كان الا يرى ان الملائكة لما غسلوا آدم عم
تادى به الواجب ولم يعد اولاده غسله وقوله وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعنى عندهما لا تغسلان لان الغسل
الاول سقط بالموت لم يجب بالشهادة وعنده تغسلان لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة وكذا قبل الانقطاع فى الصحيح من
الرواية فانه عن ابى حنيفة فيه روايتان فى رواية لا تغسلان لان الاغتسال لم يكن واجبا عليها قبل الانقطاع وفى رواية وهو الاصح
تغسلان لان الانقطاع حصل بالموت والدم السائل يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله وعلى هذا الخلاف الصبى على ما ذكرناه وهو
بهذه الكرامة اى بسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء اثر مظلوميته فى القتل فكان اكرامه والمظلومية فى حق الصبى اشد
فكان اولى بهذه الكرامة ولابى حنيفة ان السيف كفى من الغسل فى حق شهداء احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبى فلا يكون
فى معناهم ومن لم يكن فى معناهم غسل وقوله ولا يغسل عن الشهيد دمه ظاهر وقوله وينزع عنه الفرو الخ مذهبنا وقال الشافعى لا
ينزع منه شئ واحتج باطلاق قوله عم زملوهم من غير فصل ولنا ما روى فى السنن عن ابن عباس قال امر رسول الله عم
بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم واذا تعارضا صرنا الى القياس وهو معنا على ما ذكر فى الكتاب
وقوله ويزيدون وينقصون ما شاؤا اى يزيدون ما شاؤا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاؤا يعنى اذا كان زائدا
على العدد المسنون وقوله ومن ارتث هو من قولهم ثوب رث اى خلق وكلامه ظاهر وقوله ولو اوصى بشئ من امور الاخرة كذلك
وانه ايذ بامور الاخرة لانه اذا اوصى بشئ من امور الدنيا يغسل بالاتفاق وقوله الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اى حينئذ لا يغسل
هذا اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لان الواجب هناك الدية والقسامة على اهل المحلة ولفظ
الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم وسواء القصاص عقوبة والقاتل
لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا اما فى الدنيا ان وقع الاستيفاء او فى العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا عن الشهادة
لانسد بابها وهو باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس فى معنى شهداء احد اذ لم يجب بقتلهم شئ ومن ليس فى معناهم غسل
اجيب بان فائدة القصاص ترجع الى ولى القتيل وسائر الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شئ كما لم يحصل لشهداء احد بخلاف

بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه وقوله وعند ابى يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف يعنى لا يشترط
قتيل وجد فى المصر ان يقتل بالحديد عندهما بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلما فى المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله
بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابى حنيفة لا يجب القصاص فى القتل بالمثقل ويعرف فى الجنايات وقوله ومن قتل فى حد او قصاص غسل
لما روى ان ماعزا لما رجم جاء عمه الى رسول الله عم فقال قتل ماعز كما يقتل الكلاب فماذا تأمرنى ان اصنع به فقال عم لا تقل هذا فقد تاب توبة
لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب واغسله وكفنه وصل عليه ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان كذلك لم يكن فى
معنى شهداء احد لانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم وقوله ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه وقال الشافعى
صلى عليه لانه مؤمن الا انه مقتول بحق فهو كالمقتول فى رجم او قصاص ولنا ان عليا لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له اهم كفار فقال لا ولكنهم
اخواننا بغوا علينا اشار الى انه انما ترك الغسل والصلوة عليهم عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبة عقوبة له وزجرا لغيره

باب الصلوة فى الكعبة

قد تقدم فى اول باب صلوة الجنازة وجه تأخير هذا الباب فلا نعيده فى
الصلوة فى الكعبة جائزة فرضها ونفلها عندنا خلافا للشافعى فيهما قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب فان الشافعى
يرى جواز الصلوة فى الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعى فى كتبهم ولم يورد احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندى من الكتب
واجيب بان مراده ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو خير من الحمل على السهو لان اطلاق
كلامه ينافيه قوله ولمالك فى الفرض يعنى انه يجوز النفل فى جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلوة فيها جائزة من حيث انه استقبل بعضها
وفاسدة من حيث انه استدبر الاخر والترجيح لجانب الفساد احتياطا فى امر العبادة وهو القياس فى النفل ايضا الا انه ترك لورود الاثر فيه
ومبناه على المساهلة فانه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام والفرض ليس فى معناه فلا يلحق به ولنا انه عم صلى فى جوف الكعبة الفرض يوم
الفتح رواه بلال ولئن كان نفلا فالفرض فى معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الاركان ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد اذا لم يستقبل بعضها لانتفاء المأمور به وهو استقبال شطر
منها واما اذا استقبل فممنوع فانه اتى بما امر به وقوله فان صلى الامام بجماعة فيها الصلوة بالجماعة فى جوف الكعبة لا يخلو عن وجوه اربعة اما ان
يكون وجهه الى ظهر الامام او الى وجه الامام او يكون ظهره الى ظهر الامام او الى وجهه والاول والثالث جائز بلا كراهة والثانى بكراهة والرابع
لا يجوز اما جواز الاول فظاهر واما جواز الثانى فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام واما كراهته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة
فينبغى ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك واما جواز الثالث فلما ذكره فى الكتاب انه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ قيل
وهذا ليس بكاف لان من جعل ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ ومع ذلك لا يجوز صلوته وكان
الواجب ان يقول وهو غير متقدم عليه والجواب انه لما علل عدم الجواز فى الوجه الرابع بالتقدم على الامام دل على انه مانع فاقتصر عن ذكره فى الاول
اعتمادا على انه يفهم من الثانى وقوله بخلاف مسئلة التحرى يعنى اذا صلوا فى ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لا تجوز
صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وقد مر فى باب شروط الصلوة وقد ظهر وجه جواز الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام او يساره فهو
ايضا جائز وهو ظاهر وقوله واذا صلى الامام فى المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وفى بعض النسخ فتحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى
فمن كان منهم اقرب جاز اذا صلى واما قوله تحلق بلا فاء فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان جواب للشرط وقال بعضهم هو جزاء
الشرط وقوله فمن كان جملة اخرى شرطية عطفت على الاولى وقوله اذا لم يكن فى جانب الامام يشير الى انه اذا كان فى جانبه لم تجز لوجود
التقدم لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم والتأخر من الاسماء الاضافية فلا يظهر الا عند اتحاد الجهة
وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة تقيد بالجهة وقال بعضهم لانه عند اتحاد الجهة كان فى معنى من جعل ظهره الى وجه الامام
وهو جيد وقوله ومن صلى على ظهر الكعبة اى على سطحها ولعله اختار لفظ الظهر لورود لفظ الحديث به على ما نذكره اراد ان صلوة من صلى على
سطح الكعبة جازت صلوته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعى لا تجوز الا ان يكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر فى جواز التوجه
اليها للصلوة البناء وعندنا ان القبلة هو الكعبة والكعبة هى العرصة والهواء الى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لانه ينقل الا يرى ان من صلى على ابى قبيس

جازت صلوته ولا شي من بنا الكعبة بين يديه فدل على انه لا معتبر بالبنا وقوله الا انه يكره استثنا من قوله جازت صلوته وتذكير الضمير بتاويل فعل الصلوة
او ادائها لما فيه اى فى التعلى على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهى عنه قيل اى عن ترك التعظيم وقيل عن ادا الصلوة على ظهرها روى عن
ابى هريرة انه قال نهى النبى عم عن الصلوة فى سبعة مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله تعالى

كتاب الزكوة

قرن الزكوة بالصلوة اقتدا بكتاب الله تع فى قوله اقيموا الصلوة واتوا
الزكوة لان الصلوة حسنة لمعنى فى نفسها بدون الواسطة والزكوة ملحقة بها موضعه اصول الفقه والزكوة فى اللغة عبارة عن النما يقال زكى الزرع
اذا نمى وفى عرف الفقها اسم لفعل ادا حق يجب للمال يعتبر فى وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب وهو من صفات الافعال
دون الاعيان وقد تطلق على المال المؤدى لان الله تع قال واتوا الزكوة ولا يصح الايتا الا فى العين وسببها ملك النصاب النامى وشرطها
الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال نصاب حولى وصفتها الفرضية وحكمها الخروج عن عهدة التكليف فى الدنيا
والنجاة عن العقاب والوصول الى الثواب فى العقبى **قال** الزكوة واجبة على الحر الزكوة واجبة اى فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تع واتوا
الزكوة والسنة المعروفة بنى الاسلام على خمس الحديث واجماع الامة لم ينكرها احد من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا وانما عدل عن لفظ الفرض الى
الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت باخبار الآحاد او لان استعمال احدهما فى موضع الآخر جائز مجازا وانما قال تمكا تاما احترازا عن
ملك المكاتب فانه ملك المولى واما المكاتب فيه ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكا ناقصا وكلامه فيه ظاهر وقوله تقديرا
فادير الحكم عليه يعنى يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى اذا ظهر النما او لم يظهر تجب الزكوة وقوله ثم قيل هو واجب على الفور وهو قول
الكرخى فانه قال يأثم بتاخير الزكوة بعد التمكن وروى عن محمد من اخر الزكوة من غير عذر لا تقبل شهادته فرق بينها وبين الحج فقال لا يأثم
بتاخير الحج ويأثم بتاخير الزكوة لان فى الزكوة حق الفقرا فيأثم بتاخير حقهم اما الحج فخالص حق الله وروى هشام عن ابى يوسف انه لا يأثم
بتاخير الزكوة ويأثم بتاخير الحج لان الزكوة غير موقتة اما الحج فهو موقت كالصلوة فربما لا يدرك الوقت فى المستقبل موضعه اصول الفقه وقوله
وليس على الصبى والمجنون زكوة هو الموعود بقوله لما نذكره وقوله وهى غرامة مالية اى وجوب شى مالى اشعار لفظ الغرامة للوجوب لان حقيقة
الغرامة هى ان يلتزم الانسان ما ليس عليه كانه يقول الزكوة واجب مالى وكل ما هو واجب مالى يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكوة يجب عليه
ويؤدى عنه الولى وهو قول ابن عمر وعائشة ولنا انها عبادة لان العبادة هى ما ياتى به العبد على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والزكوة كذلك
وقد قال عم بنى الاسلام على خمس الحديث وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هى وكل ما هو عبادة <s>بالاتفاق فكذلك هى وكل ما هو عبادة</s> لا يتادى الا
بالاختيار تحقيقا للابتلا ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو قول على وابن عباس فان قيل الصلوة والصوم والايمان على اصلكم يصح من الصبى اما
ان يكون باختيار او غيره فان كان الاول فلتصح الزكوة بمثله من الاختيار وان كان الثانى انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتادى الا بالاختيار
فالجواب انها تصح باختيار قوله فلتصح الزكوة بمثله من الاختيار قلنا غير منصور لان ذلك اختيار لا يستلزم ضررا لعدم الوجوب عليه وهذا
الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك وقوله بخلاف الخراج جواب عن قوله وصار كالعشر والخراج وقوله وكذا الغالب فى العشر معنى المؤنة
لان سبب وجوب العشر الارض النامية بالخارج فباعتبار الارض وهى الاصل كانت المؤنة اصلا وباعتبار الخارج وهو وصف الارض كان
شبيها بالزكوة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا فان قيل سبب وجوب الزكوة النصاب النامى والنصاب
اصل والنما وصف ومع ذلك لم يكن فى الزكوة معنى المؤنة اصلا فالجواب ان المؤنة مما يحتاج اليه للبقا كالنفقة والزكوة ليست سببا
لبقا المال ونمائه قررناه فى التقرير وقوله ولو افاق يعنى المجنون فى بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة فى بعض الشهر يعنى اذا كان مفيقا فى جزء من السنة
اولها او آخرها قل او كثر بعد ملك النصاب يلزمه الزكوة كما لو افاق فى جزء من شهر رمضان فى يوم او ليلة لزمه صوم الشهر كله فى قول محمد ورواية
عن ابى يوسف لان السنة فى الزكوة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة فى جزء من الشهر كالافاقة فى جميعه فى وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا وعن
ابى يوسف انه يعتبر اكثر الحول فاذا كان مفيقا فيه فقد غلب الصحة الجنون فصار الجنون ساعة فوجبت الزكوة وان كان مجنونا فيه كان كالمجنون
فى جميع السنة ولا فرق بين الجنون الاصلى وهو ان يدرك مجنونا والعارضى وهو ان يدرك مفيقا ثم يجن على ظاهر الرواية يعنى اذا افاق فى بعض
السنة وجبت الزكوة سواء كان الجنون اصليا او عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول ابى يوسف لان المعتبر عنده الافاقة فى اكثر السنة من غير نظر الى

الاصلى والعارضى وعن ابى حنيفة فى الاصلى انه يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبى اذا بلغ لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصار
الافاقة بمنزلة بلوغ الصبى واما اذا طرأ الجنون فان استمر سنة سقط لانه استوعب مدة التكاليف وهى الصلوة والصوم والحج وان كان اقل من
ذلك لم يعتبر **قال** وليس على المكاتب زكوة قد ذكرنا ان المكاتب ليس له ملك تام فلا يجب عليه الزكوة ومن عليه دين يحيط بماله وله مطالب من جهة العباد
سواء كان لله كالزكوة او للعباد كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف وارش الجراحة ومهر المراة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء
كان حالا او مؤجلا فلا زكوة عليه وقال الشافعى يجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان المديون مالك لماله لان دين الحر الصحيح يجب فى
ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا ملك التصرف فيه كيف ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية اى ما لابد منه لدفع الهلاك حقيقة او تقديرا لان
صاحبه يحتاج اليه لاجل قضا الدين دفعا للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوما كالما المستحق بالعطش لنفسه او دابته
وثياب البذلة والمهنة وهذا ايضا راجع الى نقصان الملك فان لصاحب الدين ان ياخذه من غير رضا ولا قضا فكان ملكا ناقصا
وقوله وان كان له مال اكثر من دينه ظاهر واعلم ان المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين يستغرق بعضها صرف اولا
الى النقود فان فضل شى منه صرف الى عروض التجارة دون السائمة فان فضل شى منه صرف الى مال القنية فان كان له نصب من الابل
والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكوة حتى ان فى هذه المسئلة يصرف الدين الى الابل او الغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء
صرفه الى الغنم وان شاء الى الابل لاتحاد الواجب فيهما والاصل فى جنس هذه المسائل ان ما كان انفع للفقرا لا يصرف الدين اليه
وقوله والمراد دين له مطالب ظاهر وقوله حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك صورته رجل ملك مائتى درهم فمضى عليه حولان ليس عليه
الزكوة السنة الثانية لان وجوب زكوة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها فى السنة الثانية لانتقاض النصاب بزكوة الاولى ولو حال
الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل ادا الزكوة ثم استفاد مائتى درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكوة المستفاد لان وجوب
زكوة النصاب الاول دين فى ذمته بسبب الاستهلاك فمنع وجوب الزكوة وقوله خلافا لزفر فيهما اى فى النصاب الذى وجب
فيه الزكوة وفى النصاب الذى وجب فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكوة لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار
كدين النذور والكفارة وقوله ولابى يوسف فى الثانى اى فى النصاب الذى وجب فيه دين الاستهلاك على ما روى عنه اى على ما روى عنه
صاحب الاملا وقوله لان له مطالبا وهو الامام فى السوائم ونائبه فى اموال التجارة فان الملاك نوابه دليله وهذا لان ظاهر قوله تع
خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله عم والخليفتان رضى الله عنهما بعده كانوا ياخذون الى ان فوض
عثمان فى خلافته ادا الزكوة عن الاموال الباطنة الى ملاكها لمصلحة هى ان النقد مطمع كل طامع فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور
اموالهم ففوض الادا اليهم وحق الاخذ للسلطان بعرض الثبوت فى ذلك ايضا فانه اذا مر على العاشر كان له ان ياخذ منه الزكوة فيطالبه
ويجبه فكذلك منع وجوب الزكوة وبهذا فرق ابو يوسف بين دين الزكوة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب
له من جهة العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت له المطالبة مولاه وقوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية
وليست بنامية يعنى ان الشغل بالحاجة الاصلية وعدم النما كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا اما كونه مشغولة بها فلانه لا بد له
من دار يسكنها وثياب يلبسها واما عدم النما فلانه اما خلقى كما فى الذهب والفضة او بالاعداد للتجارة وليسا بموجودين ههنا وقوله
وعلى هذا كتب العلم يعنى انها تمنع وجوبها اذا لم يكن للتجارة سواء كانت مع اهلها او مع غيره لعدم النما وعلى هذا فقوله لاهلها غير مفيد
ههنا وانما تفيد فى حق المصرف فان اهل كتب العلم اذا كانت له كتب تساوى مائتى درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز
صرف الزكوة اليه والآلات المحترفين وقوله والآلات المحترفين مثل ما يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى اثره فى المعمول كالصابون والحرض ونحوهما
لكون الاجر مقابلا بالمنفعة فلا تعد من مال التجارة واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفرا او زعفرانا ليصبغ للناس بالاجر
وحال عليه الحول فانه يجب فيه الزكوة اذا بلغ نصابا لان الماخوذ من الاجر مقابل بالعين وقوله لما قلنا يعنى انها ليست بنامية
قال ومن له على آخر دين فجحده سنين لما فرغ من بيان من يجب عليه الزكوة ومن لا يجب شرع فى بيان الاموال التى لا تجب فيها
وهى ما يسمى ضمارا وهو الغائب الذى لا يرجى فاذا رجى فليس بضمار كذا نقل المطرزى عن ابى عبيد واصله من الاضمار وهو التغييب

والاخفاف احمر في قلبه وقالوا الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الابق والمغصوب اذا لم يكن
عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس قيد به احترازا عن مسئلة تاتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على
جاحد وعليه بينة وقوله والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه قيد بالمفازة احترازا عن المدفون في ارض له او كرم او بيت على ما يجيء وقوله
لهما اي لزفر والشافعي ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق لا محالة اما تحقق السبب فلانه ملك نصابا ناميا على ما مر
واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثمه مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي لا زكوة في المال الضمار وقوله
ولان السبب الخ وهو دليل يتضمن الممانعة بان يقال لا نسلم ان السبب قد تحقق لان السبب هو المال النامي وهو غير متحقق لان النماء
انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار وقوله وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كمال ابن السبيل وتقريره
سلمنا ان السبب قد تحقق ولكن لا نسلم ان المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا ممنوع قوله كمال ابن السبيل
قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئا من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله والمدفون
في البيت نصاب اي موجب لوجوب الزكوة لتيسر الوصول اليه لكون البيت بيده بجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وفي المدفون في ارض مملوكة
او كرم اختلف مشايخ بخارا فقيل يجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذرا كان متعسرا
والحرج مدفوع ولو كان الدين على مقر ملي اي غني معتدرا او معسر يجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء اي في الملي او بواسطة التحصيل يعني في المعسر
فكان من قبيل اللف والنشر على السنن وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه قال فخر
الاسلام لو كانت له بينة عادلة وجبت الزكوة فيما مضى لانه لا يعد تاويا لان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي
رواية لغوي عنه قال لا يلزمه الزكوة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل وفي المجاثاة بين يدي القضاة
ذل والبينة بدون القضاء لا يكون موجبة شيئا بخلاف الاقرار لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب
الدين هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب اي موجب
للزكوة عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي اي النداء عليه انه مفلس لا يصح عنده فكان وجوده كعدمه ولو لم يفلس وجبت عليه بالاتفاق لامكان
الوصول بواسطة التحصيل كما مر فكذا بعد التفليس وعند محمد لا تجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي
والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة فيجب لما مضى اذا قبض
عنده مراعاة لجانب الفقراء وقوله ومن اشترى جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها
واذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا تحصل بمجرد النية لانها تصلح لترك الفعل دون اثباته
وقوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة مبناه ما تقدم فانه اذا اشترى ونوى تجردت النية عن العمل واما ان الميراث
يدخل ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى
للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه
العقود ليست بتجارة والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو
ايضا على نوعين ببدل مالي كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والصدقة والوصية
فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق والذي يدخل ببدل مالي يعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير
مالي او بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا قيل قوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى
شيئا لم يصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى ارضا عشرية او خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيه زكوة التجارة لان نية
التجارة فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم تصح بقيت الارض على ما
كانت وقوله وقيل الاختلاف على عكسه يعني ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا
الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون لها قال ولا يجوز اداء

الزكوة الا بنية مقارنة للاداء لان الزكوة عبادة فلا بد لها من نية ولا معتبر بها الا اذا قارنت الفعل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار
الواجب فلما ذكر بقوله الا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا فلو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم النية في الصوم وقوله
ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة اي غيرها ولها سقط عنه فرضها استحسانا والقياس ان لا يسقط قيل وهو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروع
فلا بد من التعيين كما في الصلوة وهو الاستحسان ما ذكره ان الواجب جزء منه اي من جميع وهو ربع العشر فكان متعينا فيه اي في الجميع والمتعين لا يحتاج
الى التعيين ولقائل ان يقول الواجب متعين بتعيين المودي او بتعيين الشارع لا سبيل الى الاول لكونه خلاف المفروض والثاني انما يعتبر اذا لم يزاحمه
مزاحم كصوم رمضان وهذا ليس كذلك لان النفل مشروع والجواب انه متعين بتعيين المودي بدلالة حاله لمن اطلق نية الحج وعليه حجة الاسلام والمودي
عدم تعيينه نصا لا دلالة ولو سلك ههنا المسلك سلكه في التقرير وهو ان يقال الزكوة سقطت عنه لانه اداها والسقوط عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفى
بمطلق النية تيسيرا لعله كان اسهل ماخذا ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المودي عند محمد لان الواجب شائع فلو تصدق بالجميع سقط الجميع
وكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل وعند ابي يوسف لا تسقط لان البعض المودي غير متعين لكونه بعض الواجب الذي فيه لكون
الباقي محلا للواجب فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع بلا نية فانه لم يبق ثمه مزاحمة ولقائل ان يقول الباقي محل للواجب
كله او لحصته والاول عين النزاع والثاني هو المطلوب وروي ان ابا حنيفة مع محمد في هذه المسئلة

باب صدقة السوائم

ذكر في المبسوطات ان محمدا رح بدأ في كتاب الزكوة بزكوة المواشي اقتداء بكتب رسول الله عم وذكر الصدقة واراد بها الزكوة اقتداء بقوله تع انما الصدقات للفقراء
والمساكين والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اي رعت وسوم واسامها صاحبها اسامة

فصل في الابل

بدأ في باب صدقة السوائم
بفصل الابل لان رسول الله عم كتب الى ابي بكر هكذا والذود من الابل من الثلث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى
ذود كالاضافة في قوله تسعة رهط في كونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع كانه قال تسعة انفس فان قيل الاصل في الزكوة ان تجب في
كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس خمس والواجب ربع العشر وفي ايجاب
الشقص ضرر عيب الشركة فاوجبت الشاة لانها تقرب بربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم وبنت مخاض باربعين فايجابها
في خمس من الابل كايجاب الخمس في المائتين من الدراهم وقوله فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء
الا ما روي شاذا عن علي انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثوري هذا غلط وقع من رجال علي
اما علي فانه افقه من ان يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكوات فان مبناها على ان الوقص
يلو الوجوب وقوله وهي التي طعنت اي دخلت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى في امها لان امها صارت مخاضا باخرى اي
حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت
جذعة بفتح الذال لمعنى في اسنانها معروف عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان التي تؤخذ في زكوة الابل وبعده ثني وسديس وبازل ولا
شيء من ذلك لنهي رسول الله عم السعاة عن اخذ كرائم اموال الناس واعلم ان من صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة
لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل في ذلك بان الشرع جعل الواجب في نصاب الابل الصغار دون الكبار بدليل انه
لا يجوز الاضحية بها وانما يجوز بالثني فصاعدا وكان ذلك تيسيرا لارباب المواشي وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة تعد فضلا في
الابل فصار الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم تعين الانوثة في البقر والغنم لان الانوثة فيهما لا تعد فضلا وقوله
ثم تستانف الفريضة تفسير الاستيناف انها لا تجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب
المتقدم وهو الحقتان فقوله مع الحقتين قيد فيما ياتي بعده الى قوله بنت مخاض وقوله الى مائة وخمسين يعني من اول النصاب فيكون جملة
النصاب مائة وخمسة واربعين لحقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة صار مائة وخمسين ففيها ثلث حقاق وقوله ثم تستانف
الفريضة فيكون في الخمس شاة يعني مع ثلث حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة
والخمسين قيده بذلك احترازا عن الاستيناف الذي بعد المائة والعشرين فان ذلك ليس فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما
لانه لما زاد خمس وعشرون على مائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين فلما زاد عليها

خمس وصارت مائة وخمسين وجبت ثلث حقاق وقوله وهذا اي الاستيناف بعد المائة والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين مذهبنا
وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها
حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روي
انه كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عود ما دونها يعني من عشرين يوجب في خمس
وعشرين بنت مخاض ومن عشرين يوجب في الخمس شاة ولنا حديث قيس بن سعد قال قلت لابي بكر محمد بن عمرو بن حزم اخرج لي كتاب الصدقات
الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة فما كان اقل من خمس
وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة اذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وقد عملنا بحديثهم ايضا لانا اوجبنا في الاربعين بنت
لبون فان الواجب في الاربعين ما هو الواجب في ستة وثلثين وكذلك اوجبنا في خمسين حقة وقوله والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي
وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي وانما كان سواء لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما
في الصفة لا يخرجهما من النوع

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمي به البقر لانه
يشق الارض ولا خلاف في ان الثلثين والاربعين نصاب زكوة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين على ما
نذكره والتبيع من ولد البقر ما يتبع امه والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا
كما تقدم وقوله بهذا اي بما ذكرنا من التبيع او التبيعة في ثلثين والمسن او المسنة في اربعين امر رسول الله معاذا فاذا زادت على الاربعين
فقد روي عن ابي حنيفة ثلث روايات ففي رواية الاصل يجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين ربع
عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة او ثلث تبيع وفي رواية اسد بن عمرو عنه وهو قول ابي يوسف
ومحمد لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الاولى ان العفو فيما بين الثلثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف
القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص ههنا فاوجبنا
فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص وان كان خلاف موضوع الزكوة ضرورة تعذر اخلائه عن الواجب ووجه رواية الحسن ان معنى هذا
النصاب اي نصاب البقر على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين
والستين كذلك لكنه يخير بين اعطاء ربع مسنة وثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلثين وربع اربعين فيخير بينهما
ووجه رواية اسد وقولهما قوله عليه السلام لمعاذ بن جبل لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين والاوقاص جمع
وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول
بذلك وقوله ثم في الستين تبيعان الخ ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل في الغنم

قدم فصل زكوة الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى
بيانه امس لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر والانثى وما في الكتاب ظاهر الا كلمات نذكرها قوله والضان والمعز
سواء يعني في تكميل النصاب لا في اداء الواجب لما نذكر ان الجذع من المعز لا يجوز وقوله لان النص ورد به يعني ما كتب في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
في اربعين من الغنم شاة الحديث وقوله والجذع ما اتى عليه اكثرها روي عن ابي علي الدقاق انه ما طعن في الشهر التاسع وعن ابي
عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة اشهر هذا
تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من المعز لسنة اشهر ومن الضان لثمانية اشهر والثني الذي القى ثنيته وهو من الابل ما
استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل
الثالثة ودخل في الرابعة وسوى كلها بعد الجذع وقبل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة وقوله ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة
يعني ان باب الاضحية اضيق الا يرى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز اخذهما في الزكوة فاذا كان للجذع مدخل
في الاضحية ففي الزكوة اولى وقوله وجواز التضحية جواب عن قوله ولانه يتادى به الاضحية يعني ان جواز التضحية بالجذع عرف بنص
خاص في التضحية وهو قوله عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان فلا يتعداها والزكوة ليست في معناها اذ المقصود بها اراقة الدم

والجذع يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكوة فلا تلحق بالاضحية دلالة

فصل في الخيل

وجه تاخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه
واضح وقوله هو المنقول اي تاويل ما رويناه بفرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت فان هذه الحادثة وقعت في زمان مروان
فشاور الصحابة فروى ابو هريرة ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة عجبا
من مروان احدثه بحديث رسول الله وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله وانما اراد به فرس الغازي فاما من
يطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار او عشرة دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم به ماثور عن عمر فانه كتب الى
ابي عبيدة بن الجراح يامره ان ياخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا او عشرة دراهم وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها
في القيمة فاما في افراسنا فيقومها لا غير فان قيل لو وجب فيها الزكوة لكان للامام اخذها جبرا ولو وجب من عينها كما في سائر السوائم
وليس كذلك بالاجماع اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالاخذ ولم تجب من عينها
لان مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير ماكول اللحم عنده وقوله وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل استشكل بذكور الابل
والبقر والغنم منفردات فانها لا تتناسل ووجبت الزكوة واجيب بان النماء شرط وجوب الزكوة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل
لا غير ولا تناسل في ذكور الخيل منفردة واما غيرها فالنماء فيه كما يكون به يكون باللحم والوبر فيجب فيه الزكوة فان قيل فما وجه الرواية التي تجب
فيها في الذكور المنفردة ايضا ولا نسل ثم على ما ذكرتم اجيب بانه وبها ان الآثار جعلتها نظير سائر انواع السائمة فان قيل
السوم تخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مال الزكوة فكانت كانواعها وقوله ولم ينزل علي فيهما شيء روي انه سئل عن الحمير فقال لم
ينزل علي فيهما الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

فصل

قال صاحب النهاية وجدت
في هذا الموضع مكتوبا بخط شيخي وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا هو انه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم
الصغار واقول ليس الفصل منحصرا في ذلك بل فيه غيره وكان الفصل ههنا لمسائل شتى كما يكتب في اواخر الابواب والفصلان جمع الفصيل
ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها ايضا جمع الحمل ولد الضان في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول
من اولاد البقر حين تضعه امه الى شهر كذا في المغرب وقيل في صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلثين من العجاجيل
او اربعين من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول اولا على قول ابي حنيفة ومحمد لا ينعقد وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال الحول عليها
من حين ملكها وجبت الزكوة وقيل صورتها اذا كان له نصاب سائمة فمضى عليه ستة اشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الاصول
وبقيت الاولاد هل يبقى حول الاصول على الاولاد عندهما لا يبقى وعند الباقين يبقى وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن ابي يوسف
انه قال دخلت على ابي حنيفة فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملا قال فيها شاة مسنة قلت ربما يأتي قيمة الشاة على اكثرها او جميعها
فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن يؤخذ واحدة منها فقلت او يؤخذ الحمل في الزكوة فتأمل ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء فاخذ بقوله الاول
زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد رحمه الله وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس ثلثة اقاويل فلم يضع منها شيء ووجه
قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب يعني قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة ينتظم الصغار والكبار لكونه اسم جنس كاسم
الآدمي ولهذا لو حلف لا ياكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث واجيب بان الواجب قليل من الكثير واخذ المسنة من الصغار ليس كذلك
لان قيمتها قد تاتي على اكثر النصاب ووجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها كان اجحافا بصاحب
المال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم يوجب شيئا كان اضرارا للفقراء لان الصغار نصاب فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة
منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين وانما نوجب واحدة منها وهذا معنى قوله تحقيقا للنظر من الجانبين ووجه
قول الآخر ما قاله ان المقادير لا يدخلها القياس الخ وتقريره ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانها لا توجد
في الصغار واذا امتنع ما ورد به الشرع ههنا امتنع اصلا لانه لو جاز لكان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس والفطن يستخرج من هذا
جواب ابي يوسف فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو كان فيها واحد من
المسان الخ يعني انه اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا ولا يتأدى الزكوة بالصغار بل يدفع لها من

البكارا ان كان على مقدار الواجب بيانه انه اذا كانت له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان فان كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند ابي حنيفة ومحمد يجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كتفه ولا تاخذها منهم فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط وقوله ثم عند ابي يوسف الخ يعني ان الروايات عن ابي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه لا يجب فيها الزكوة حتى يبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحدة منها وذلك بان يبلغ خمسة وعشرين ثم ليس في الزيادة شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسنتان يثنى الواجب بان يبلغ مائة وخمسة واربعين فيجب فيها ثلثه ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه ان الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا قال محمد وهذا غير صحيح فان رسول الله عم اوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله اربعة نصب واوجب في ست وسبعين في موضع اعتبر ثلثة نصب بينها وبين خمس وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو اوجبنا كان بالراي لا بالنص وروى ابن سماعة عنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل هكذا الى خمس وعشرين ووجهه انه اعتبر البعض بالجملة وروى عنه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمتي خمسي فصيل وفي الخمسة عشر يجب الاول من قيمة ثلث شياه من قيمة ثلثة اخماس فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربع شياه منها من اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحدة وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين قال ومن وجب عليه سن السن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن اللبون وذكر السن وارادة ذات السن انما يكون في الحيوان لان الانسان لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم توجد عنده ياخذ المصدق الحقة ويرد الفضل او وجب عليه الحقة ولم توجد ياخذ بنت اللبون ويا خذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على ان الخيار للمصدق وهو الذي ياخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار للمصدق وهو الذي ياخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخيره فكانه اراد به اذا سمحت نفس من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما هو الارفق بالفقراء او قوله ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك انما يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شرعي وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ولا في ان يكون مختار المص التفصيل بنا على ما ذكر من الدليل هذا ان اراد بالكتاب الهداية وان اراد به القدوري فالظاهر منه ليس بمراد كما استدل عليه المص بنا على ما ذكر وفي قوله ورد الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو ان جبران ما بين السنين عنده مقدر بشاتين او عشرين درهما لقوله عليه من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما فما استيسرتا عليه وان لم يجد الا ابنة مخاض اخذها واخذ شاتين او عشرين درهما فما استيسرتا عليه وعندنا ذلك يجب الغلاء والرخص وانما قال عم ذلك لان التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يودي الى الاضرار بالفقراء او الاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما يكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركا للزكاة عليه معنى وهو اضرار بالفقراء واذا اخذ بنت مخاض وشاتين فقد يكون قيمتهما قيمة بنت لبون فيكون اخذ الزكوة منهما وابنة المخاض يكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال قال ويجوز دفع القيمة في الزكوة اداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائز لا على ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيمة وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص عليه وهو قوله عم في اربعين شاة شاة كما في الهدايا والضحايا وقوله ايصالا للرزق الموعود مفعول له وجزاء محذوف او ثابتا ونحوه وروى ايصال وهو جزاء فعلى النسخة الاولى تقدير كلامه الام بادا الزكوة الى الفقير بقوله تع آتوا الزكوة لايصال الرزق الموعود بقوله تع وما من دابة في الارض الا على الله رزقها الآية الثابت في الواقع والام بذلك يبطل تعيين

تعيين الشاة فالثابت في الواقع يبطل تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله تع وعد ارزاقهم ثم امرهم بايتا ما اوجب عليهم اليهم انجازا للوعد كما دلت عليه الآيتان واما ان الام بذلك يبطل تعيين الشاة فلان المامور به قربة البتة ووجه القربة في الزكوة سد خلة المحتاج وهي مع كثرتها واختلافها لا يستبد بتعيين الشاة فكان اذنا بالاستبدال على ما عرف في الاصول وفي ذلك ابطال عين الشاة ويحصل به الرزق الموعود وغيره وعلى الثانية الام بالادا الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه وايصال ذلك اليه ابطال لعين الشاة لان الرزق لم ينحصر في اكل اللحم فكان امرا بالاستبدال الخ وكان هذا كالجزية في انها وجبت لكفاية المقاتلة ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة فيها اراقة حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست بمعقولة ولا معقول المعنى قال وليس في العوامل والعلوفة صدقة العلوفة بالفتح ما يعلفون من الغنم وغيره الواحد والجمع سوا من علف الدابة اطعمها بالعلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله لظواهر النصوص يعني قوله تع خذ من اموالهم صدقة وقوله عم خذ من الابل الابل وفي اربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي ان النبي عم قال ليس في الابل الحوامل صدقة وحديث ابن عباس رضي عنه عم ليس في البقر العوامل صدقة وحديث جابر عن النبي عم ليس في البقر المثيرة صدقة وهو مذهب علي وجابر وابن عباس ومعاذ رضع ولان السبب هو المال النامي وهذه الاموال ليست بنامية لان دليل النما الاسامة او الاعداد للتجارة والغرض عدمهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله ولان في العلوفة اي لان السبب هو المال النامي ولا نما في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها فينعدم النما معنى وفيه بحث من وجهين احدهما انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخا وحملتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم والثاني ان دليل النما الاسامة والاعداد للتجارة كما ذكره وتراكم المؤنة لا يبطل النما بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليه الزكوة في آخر السنة فما بال ابطل النما بها لا بالاسامة والجواب عن الاول ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع الا يرى انه مطلق عن الحول والحول لا يجب الا به فكانت الآية لبيان وجوب الاخذ وهي فيما عداه تحتمل لحق الاخبار بيانا لذلك ولم نحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فان الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق ينسخه فعكسناه دفعا لذلك وعن الثاني بان الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى الاسامة ولا كذلك التجارة ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة اما في الاكثر فلان القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت لبرد او ثلج كما في البلاد الباردة واما في النصف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب الايجاب فلا يجب ولا ترجح جهة الوجوب بجهة العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي ذكره من الاسامة في حق ايجاب زكوة السوائم انما يصح ان لو كانت الاسامة للدر والنسل او للتسمين واما الاسامة للتجارة فلا يجب فيها زكوة السائمة وكذلك في الاسامة للحمل والركوب وقوله ولا ياخذ المصدق خيار المال ظاهر وقوله من حزرات اموال الناس الحزرات بالحاء المهملة والنفحات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال والحاشية صغار الابل وذكر في المغرب خذ من حواشي اموالهم اي من عرضها يعني من جانب من جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه وتفسير المص بقوله اي اوساطها غير ذلك وهو الحق لقوله ولان فيه نظرا من الجانبين قال ومن كان له نصاب المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد من اثنا الحول بقرا او غنما وانما يستانف له حول بذاته والاول اما ان يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون عند رجل مقدار ما يجب عليه الزكوة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشرى او هبة او ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستانف له حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجبت فيه الزكوة نصابا كان او لم يكن له انه اصل في حق الملك لحصوله بسبب غير

الاصل وكل ما كان كذلك كان اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك حتى لو ملكت بملك الاصل
دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يعني المجانسة تتعسر الميز لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة
اسبابه فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد لان مراعاته فيه انما يمكن بعد ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لاسيما اذا كان النصاب
دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما او درهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطنا له حولا جديدا عاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت ان علة
الضم في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد مر ان النبي عم قال ليس في مال زكوة
حتى يحول عليه الحول وعلى تقدير الضم تجب الزكوة بلا حول اجيب بانا ما اسقطنا الحول وانما جعلنا حول الحول على الاصل حولا على المستفاد
تيسيرا فان عورض بان الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم قد ثبت في الامهات
بالاولاد فان من كانت له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة منها قبل الحول وجبت عليه شاتان فكان الوجوب على الام وغيرها بسبب الولد فتبين
انه لم يكن بطريق السراية وقوله والزكوة عند ابي حنيفة رح صورته ظاهرة فان من كان له تسع من الابل حال عليها الحول فهلك منها اربعة
فعليه في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة وكذلك الدليل من الجانبين وقوله ولان
العفو يعني ان العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال يشتمل على اصل وتبع ثم هلك منه شي صرف الهلاك الى التبع دون
الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك منه شي فانه يصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق وقوله ولهذا اي ولكون الهلاك يصرف
الى التبع قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الخ وبيان ذلك ما اذا كان لرجل اربعون من الابل فهلك منها عشرون
ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجب منها عشرون جزءا من ستة وثلثين جزءا من ابنة لبون وقال محمد يجب نصف
بنت لبون مر على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب ولابي يوسف ان الاربع عفو وبقي الواجب في
ستة وثلثين فيبقى الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة ان الهالك يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع والنصاب الاول هو الاصل الا ترى
انه لو عجل الزكوة عن نصب كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول اصل وما زاد كالتابع فاذا هلك شي صرف
الهلاك الى ما هو التابع فيجب زكوة العشرين وذلك اربع شياه قال واذا اخذ الخوارج الخراج ش الخوارج قوم من المسلمين خرجوا
عن طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتاويل القران ودانوا بذلك قالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وقد حل قتله
الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تع ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها فاذا ظهر هؤلاء على البلدة فيها اهل العدل
فاخذوا الخراج وصدقة السوائم ثم ظهر عليهم الامام لا يؤخذ عليهم اي لا يؤخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية كتب عمر
الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم من جبى الخراج جباية اذا جمعه وافتوا بان يعيدوها يعني الصدقة دون الخراج وهو اختيار ابي بكر الاعمش
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو ذبوا عن دار الاسلام واما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى
بالدفع التصدق عليهم تسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير لقاضي خان وكذلك السلطان
اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكوة عند الدفع سقطت الزكوة عنه لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا
ردوا ما لهم الى من اخذوه منهم لم يبق شي والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب والتبعة ما اتبع به وقوله والاول احوط
اي الافتاء باعادة صدقة السوائم والعشور احوط لان في ذلك خروجا عن عهدة الزكوة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوائم
اشارة الى ما نقل التمرتاشي عن الشهيد ان هذا في صدقات الاموال الظاهرة اما اذا صادره السلطان ونوى هو اداء الزكوة فعلى
قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية اخذ زكوة الاموال الباطنة والظاهر من كلام المص العموم في الاموال الباطنة
والظاهرة وقوله وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شي بنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر
ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رايت
ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلت ذلك فشاور عمر الصحابة في ذلك وكان الذي يسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي
قال يا امير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر على ذلك وقال هذه جزية سموها ما شئتم فوقع الصلح على ان يؤخذ

يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان فلزم اول الامة وآخرهم واذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر
الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء ووجه الظاهر ما اشار اليه في الكتاب انه بدل الصلح
والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم
قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقط الزكوة ش ان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت عندنا وقال الشافعي ان هلك بعد
التمكن من الاداء لم تسقط والتمكن منه في الاموال الباطنة بالظفر باهل الاستحقاق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي في احد القولين لان الواجب
تقرر في الذمة لحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا بناء على ان الزكوة
عنده تجب في الذمة وعندنا في العين وقوله ولانه منعه بعد الطلب دليل آخر وهذا لان الزكوة حق الشرع وقد طلب بالخطاب واذا امكن من
الاداء ولم يؤد كان الهلاك منعا بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان فكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في
الذمة بل هو جزء من النصاب عملا بكلمة في في قوله في اربعين شاة شاة وتحقيقا للتيسير فان الزكوة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول
ومن التيسير ان يكون الواجب من النصاب اذ الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على اداء الزكوة عن هذا النصاب
لجواز ان لا يكون له مال سواه لاسيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شي من النقود لبعدهم عن العمران واذا كان جزءا منه
كان النصاب محله فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لانها
تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان القيمة ليست بجزء من النصاب واجيب
بان ذلك بامر نقل وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم وقوله والمستحق فقير جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلب
فقير بالاداء ولم يؤد حتى هلك المال لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير يعينه المالك لا كل فقير لان للمالك الراي
في الصرف الى من شاء من الفقراء ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون ثمه منع بعد الطلب وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق
كما عرف في الاصول الا اذا حمل كلامه على ان المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل فالساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد ما طلبه
حتى هلكت وجب ان يضمن ولم تقولوا به اجاب بقوله بعد طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا
للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم التفويت فان
المنع ليس بتفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء من محل آخر بخلاف الاستهلاك فانه قد وجد منه التعدي على محل مشغول بحق
الغير بالاتلاف فجعل المحل قائما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل الى الفقير شي لان كل من وجب عليه الزكوة لم يعجز
ان يصرف النصاب الى حاجته بلا ضمان وقوله وفي هلاك البعض يسقط بقدره اي بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل
قد ثبت ان الزكوة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب
فكان الواجب ان لا يبقى عليه شي كما بدا الوجوب فانه لا يثبت ببعض النصاب اجيب بان اليسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب
بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدى جزءا من المال النامي لئلا ينتقص اصل المال وانما اشتراط اصل النصاب في الابتداء ليصير
المكلف به اهلا للاغناء فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنا بالنصاب كما عرف في الاصول وانما تسقط عند هلاك الكل لفوات النماء
الذي تعلق به اليسر واذا هلك البعض بقي اليسر باقيا لبقاء ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله وان قدم الزكوة على الحول اي اداها قبل حولان
الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له ان حولان الحول شرط كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط
لا يجوز كما لو قدم على النصاب ولنا انه ادى بعد سبب الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان
وادى الدين المؤجل وهذا لان الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه وصار كما اذا كفر بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لان
ملك النصاب سبب وجوب الزكوة في كل حول ما لم ينتقض وجواز التعجيل باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء
ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر فاذا كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه لم تتم الحول وفي ملكه عشرون من
الابل جاز عن الكل عندنا وعنده لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكوة اصل بنفسه فكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل

على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا ان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له الا ترى
الى من كان له نصاب في اول الحول ثم حصل له نصب في اخر الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كانه تم الحول على النصب كلها
ووجب اداء الزكوة عن المجموع بالاتفاق فكذلك يجعل النصب الاخر كالموجود في اول الحول في حق التعجيل

باب زكوة الاموال

لما قدم ذكر زكوة السوائم لما قلنا اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكوة قال محمد
المال كل ما يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة او شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمصنف ذكر المال واراد غير السوائم على خلاف
عرف اهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى عرف اهل الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم **فصل في الفضة** قدم فصل الفضة على
غيرها لكونها اكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضر وقيل هي فعلية من الاوق وهو الثقل
والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاضاحي وبالتخفيف افاعل وكلاهما طاهر وقوله فيكون فيها درهم يعني مع الخمسة وكذا في كل اربعين
درهما درهم مع ما سبق عند ابي حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه قلت الزيادة او كثرت
حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر وبه اخذ الشافعي لقوله صلعم ان النبي عم قال وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل مال فان قيل فعلام شرط النصاب في الابتداء اجاب بقوله لتحقق
الغنا اليسير المكلف به اهلا للاغنا كما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوائم في الانتهاء كما شرط في الابتداء اجاب
بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع ولابي حنيفة قوله عم لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور شيئا قيل
معناه لا تاخذ من الشيء الذي يكون الماخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل
انه قال عقيب هذا في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم فالجواب ان المراد به ما قبل المائتين وبعده
لانه قال عقيب قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تاخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فتاخذ منها
درهما هكذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل فيجعل قوله فاذا بلغ الورق الى اخر الحديث بيانا وتفسيرا
لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار وقوله عم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المائتين
لان قبله ليس فيه ولا فيما دون صدقة وهذا محكم فلا يعارضه حديث علي لاحتماله ان يراد بالزيادة على المائتين اربعون واحتماله ما ذكروه
ولان الحرج مدفوع وهو واضح وفي ايجاب الكسور ذلك انما يخرج لتعسر الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة
دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فتعسر معرفة سبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فكان يقدر على الاداء في السنة الاولى فاذا جاء
السنة الثانية وجب عليه زكوة ما بقي من المال بعد الزكوة لان دينهما مستحق وان لم يؤد وذلك مائتا درهم ودرهم وثلثة وثلثون جزءا من اربعين
جزءا من درهم واحد وزكوة درهم وثلثة وثلثين جزءا من اربعين جزءا من درهم يتعسر الوقوف عليها البتة وقوله والمعتبر في الدراهم
روي ان الدراهم في الابتداء كانت على ثلثة اصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف منها
كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلثة اخماس مثقال وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس
يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم فلما تولى عمر اراد ان يستوفي الخراج بالاكثر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا
ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر رضع وبين ما رامه الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة وهو معنى قوله وبذلك جرى التقدير
في ديوان عمر واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام به كالزكوة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما فعلوا
ذلك لاحد وجوه ثلثة احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل واحدا وعشرين مثقالا فاذا اخذت ثلث ذلك
كان سبعة مثاقيل والثاني انك اذا اخذت ثلث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلثة المختلفة كانت
سبعة مثاقيل والثالث انك اذا القيت الفاضل على السبعة من العشرة اعني الثلثة والفاضل ايضا على السبعة من مجموع
الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين اي فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما
القيته كانت سبعة مثاقيل فلما كان سبعة مثاقيل اعدل الاوزان فيها ودارت في جميعها بطريق مستقيم اختاروه بادي قوله

وقوله فهو في حكم الفضة واضح وقوله كما في سائر العروض الخ يعني انها اذا لم يكن للتجارة ينظر الى ما يخلص منه من الفضة فان بلغ
مائتي درهم يجب الزكوة لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة وان كان لا يخلص فلا شيء فيها كالمضروبة من الصفر كالتمغ لا شيء
فيها الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فيجب خمسة دراهم **فصل في الذهب** قدم وجه تاخيره عن فصل الفضة
وقوله لما روينا اشارة الى قوله في اول فصل الفضة كتب الى معاذ ان خذ الى ان قال من كل عشرين مثقالا من ذهب نصف
مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدرهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة
منها سبعة مثاقيل فتوقف معرفة كل منهما على الاخر وهو دور والجواب ان ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل الفضة
وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة
منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي يعرف به وزن الدرهم ولا دور في
ذلك وقوله ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف
مثقال لان الواجب ربع عشر وربع العشر حاصل فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وربع
عشره قيراطان وهذا بسنجة اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة واصل القيراط
قراط بالتشديد لان جمعه القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف يا وقوله هي مسئلة الكسور يعني التي بينها في فصل
الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة بينهما حلا ان اربع مثاقيل ههنا قامت مقام اربعين درهما
هناك وقوله وفي تبر الفضة والذهب التبر ما كان غير مضروب منهما والحلي على فعول جمع حلي كثدي جمع ثدي وهي ما تتحلى به
المراة منهما وقوله وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال يعني الحلي الذي يباح استعماله لانه مبتذل في مباح
فكل ما كان كذلك لا زكوة فيه كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة بخلقه
والدليل هو المعتبر فاذا كان موجودا لا معتبر بما ليس باصل وهو الاعداد للابتذال بخلاف الثياب فانه ليس فيها دليل النماء والابتذال
فيها اصل لان فيه صرفها الى الحاجة الاصلية المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد **فصل في العروض** قدم فصل العروض لانها
تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اي متاعها سوى النقدين وقوله كائنة ما كانت
اي من اي جنس كانت سواء كانت من جنس ما تجب فيه الزكوة كالسوائم او لم يكن كالثياب والحمر والبغال وشرطية التجارة
اي حالة الشراء اما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا يعمل كما مر وقوله يقومها بما هو انفع
للمساكين احد الاقوال في التقويم فان فيه اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة في الامالي ووجهه ما ذكره بقوله احتياطا لحق
الفقراء فانه لا بد من مراعاة الاولى انه ان كان يقومه باحد النقدين يتم النصاب وبالاخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق
الفقراء فكذلك هذا كذا في النهاية وهو مخالف لتنصيص المصنف الانفع في الكتاب والثاني ما ذكر في المبسوط وهو ان يقوم صاحب المال باي النقدين
شاء ووجهه ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والثمنان في ذلك سواء والثالث قول ابي يوسف على ما ذكره في الكتاب وقوله لانه ابلغ
في معرفة المالية لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به الشراء والظاهر انه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد
وهو ان يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني سواء اشتراها باحد النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله معتبر بالتقويم في حق العباد
ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فكذا هذا وقوله واذا كان النصاب كاملا في طرفي
الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة وقيد بالنقصان احترازا عن الهلاك فان بهلاك كل النصاب ينقطع الحول بالاتفاق وذكر
النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكوة كالنقدين والعروض والسوائم وقال زفر لا يلزم الزكوة الا ان يكون النصاب من اول
الحول الى اخره كاملا لان حولان الحول على المال شرط للوجوب فكل جزء من الحول يعني اوله واخره ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وفيه اشارة
الى الجواب عن قول زفر ولان اشتراط النصاب في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول
بمعنى اوله واخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف يجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق لان هلاك

الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك كل النصاب كالفوات المحلية بفوات الوصف قوله ويضم قيمة العروض قال في النهاية حاصل مسائل الضم ان عروض التجارة يضم بعضها الى بعض بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك يضم الى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض بالاجماع وقوله لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة يعني ان سبب وجوب الزكوة ملك النصاب النامي والنماء اما بالاسامة او بالتجارة وليس كلامنا في الاولى فتعين الثانية وقوله وان افترقت جهة الاعداد يعني اذا كان الافتراق في الجهة بكون الاعداد من جهة العباد لاعدادها للتجارة وفي النقدين من جهة الله تع بخلقة الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول الاصل وهو النماء ويضم الذهب الى الفضة عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فاذا كان ما هو ابعد في المجانسة علة للضم وهو العروض فلان يكون في الاقرب اولى وقوله ومن هذا الوجه صار سببا اي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكوة فكان هذا الوجه مشتركا بينهما فيوجب الضم ثم اختلفت علماؤنا في ذلك فعند ابي حنيفة يضم بالقيمة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما واما اذا كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم من احدهما ثلث ومن الآخر ثلثان او ربع وثلثة ارباع فانه يضم بلا خلاف عندهم ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول انما اوجبنا الضم بالمجانسة وهي انما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الاجزاء اعتبار الصورة ومسئلة المصوغ ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شيء الى شيء آخر حتى تعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما تظهر شرعا عند مقابلة احدهما بالآخر وههنا ليس كذلك

باب فيمن يمر على العاشر

الحق هذا الباب بكتاب الزكوة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبته وهي ان العشر الماخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكوة بعينها الا ان هذا العاشر كما ياخذ من المسلم ياخذ من الذمي والمستامن وليس الماخوذ منهما بزكوة فقدم الزكوة على هذا الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت القوم اذا اخذت عشر اموالهم فهو تسمية الشيء باعتبار بعض احواله وهو اخذه العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجيء قوله اذا مر على العاشر بمال اي من الاموال الباطنة وانما قيد بذلك لان الاموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الاخذ له فانه ياخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه واما في الاموال الباطنة فان الاداء لصاحب المال لكونها غير محتاجة الى الحماية لبطونها فاذا اخرجها الى المفاوز احتاجت اليها فصارت كالسوائم فاذا مر التاجر على العاشر بمال مما ذكرنا وقال اصبته منذ اشهر يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في يده مال آخر من جنس هذا المال حال عليه الحول فانه لو كان لم يصدق لان الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس او قال علي دين يعني دينا مستغرقا فان له مطالبا من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف العاشر بقوله من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار ونوقض بانه ياخذ من الكافر وليس ما ياخذ منه صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم على اداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تخصيصه بالذكر وقوله ممن انكر تمام الحول يعني بقوله اصبته منذ اشهر او الفراغ من الدين بقوله او علي دين كان منكرا للوجوب والقول قوله مع يمينه وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله منذ اشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله ممن انكر تمام الحول والثاني ان الزكوة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلوة ولا يشترط للتصديق فيهما التحليف واجيب عن الاول بان الاشهر يقع على العشرة فما دونها لكونه جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بانها كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الاخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعي عليه معنى لو اقر به لزمه فيستحلف رجاء النكول كما في سائر الدعاوي بخلاف الصوم والصلوة فانه لم يتعلق بهما حق العبد ولا يلزم حد القذف فانه لا يستحلف فيه اذا انكر وان تعلق به حق العبد لان القضاء بالنكول في الحدود متعذر على ما عرف وقوله وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ظاهر وقوله ثم قيل الزكوة هو الاول بناء على ما لاصحابنا من الطريقين في هذه المسئلة احدهما انه اذا كان صادقا فيما قال لا يبر فيما بينه وبين الله تع والثاني لا يبر فمن اختار الطريق الاول قال الزكوة هو الاول كما لو ضحى على ظن ان مكان ماله فادى صاحب المال زكوته وقع زكوة والثاني سياسة مالية زجرا للغير عن الاقدام عليه عمالة ومن اختار الثاني قال الزكوة هو الثاني والاول ينقلب نفلا كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فاداها وهو الذي اختاره المص وقال هو الصحيح احترازا عن القول الاول ووجهه ان الصحابة لما ثبت ولاية الاخذ للسلطان شرعا في الاموال الظاهرة كان اذا ارتب فرضا العوا كما

كما لو ادى الجزية الى المقاتلة بنفسه وقوله ثم يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي اسم لخط الابراء من برئ من الدين والعيب براءة والجمع البرآت والبراوات عامي كذا في المغرب وقوله فيجب ابرازها اي اظهار العلامة كمن ادعى على آخر شجة او قطعا فانه يجب عليه ابراز علامتها وجه الاول وهو رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حكما فلم يعتبر علامة قال في المبسوط والجامع الصغير للامام التمرتاشي وهو الصحيح على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين قال الامام التمرتاشي ان لم يحلف لم يصدق عند ابي حنيفة وصدق عندهما قيل في كلام المص نظر وهو انه قال فيما يصدق في السوائم واموال التجارة ولا شك ان في السوائم يصدق في ثلثة فصول وفي اموال التجارة في اربعة كما تقدم فينبغي ان يشترط اخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما اذا قال علي دين او اصبته منذ اشهر او اديتها الى الفقراء في المصر وانما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو ان يقول اديته الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر واجيب بانه ذكر العام واراد الخاص اي الصورة المذكورة مجازا وقوله فراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا كان تبديلا لا تضعيفا وقوله ولا يصدق الحربي يعني في الفصول كلها الا في الجواري يقول هن امهات اولادي او غلمان معه يقول هم اولادي لان الاخذ منهم بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج اليها وانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لانه لو قال لم يتم الحول على مالي ففي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الامان اذ لو لم يكن الامان صار مباحا مع امواله ولو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امان وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره بما لم يكن لها وان قال اديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه لان الماخوذ منه بجهة الحماية وقد وجدت بنفس الامان كما مر آنفا ولو قال اديتها انا كذبه اعتقاده غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح لان كونه حربيا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وبه يخرج من ان يكون مالا والاخذ لا يكون الا من المال المرور به قال ويوخذ من المسلم ربع العشر روى شيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قيل انما يوخذ من المسلم ربع العشر لقوله عم هاتوا ربع عشور اموالكم من كل اربعين درهما درهم وانما ثبت ولاية الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان طمع اللصوص في اموال اهل الذمة اوفر فيؤخذ منه ضعف ما يوخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم الا يرى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة اهل الذمة على اهل الحرب ولهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يوخذ منه ضعف ما يوخذ من المسلم فكذلك الحربي يوخذ منه ضعف ما يوخذ من الذمي تبديلا لا تضعيفا وان مر حربي بخمسين درهما لم يوخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة اليه اشار عمر رض حين نصب العشار فقيل له فكم ناخذ مما مر به الحربي فقال كم ياخذون منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة ان اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المقصود انا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات لا يقال في كلام المص تناف لانه قال قبل هذا لان الاخذ منه بطريق الحماية وقال ههنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان الاخذ معلولا لاحدهما لا يكون معلولا لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا نقول الاخذ منهم معلول الحماية واما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة ولا تنافي في ذلك وقوله بخلاف المسلم الخ واضح وقوله فان اعياكم فالعشر تقول عيت بامري اذا لم يهتد لوجهه واعياني هو وقيل هو ماخوذ من العي وهو الجهل فان اعياكم اي جهلكم يعني اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر ما ياخذون من تجارنا يوخذ منه العشر وقوله لانه غدر اي لو دفعه بعد الحماية والغدر حرام قال عم وفاء لا غدر وهذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم يوخذ منه جميع ما في يده الا قدر ما يبلغه مامنه لانا مامورون بتبليغه الى مامنه لقوله تع ثم ابلغه مامنه وقال بعضهم يوخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة فنجازيهم بمثل صنيعهم لينزجروا قال وان مر الحربي على عاشر الخ حاصله ان العشر انما يتكرر فيما مر به بكمال الحول او تجديد العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم بالمرور على العاشر وان كان في مدة ذلك فاذا لم يوجد شيء منهما لم يعشره ثانيا

لما روي ان نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر فعشره ثم مر به ثانيا فهم ان يعشره فقال النصراني كلما مررت بك عشرتني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يده على عتبة الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه اتاك الغوث فنكس راسه ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني انه استخف بظلامته فرجع كالخائب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه انك اذا اخذت العشر مرة فلا تاخذ مرة اخرى فقال النصراني ان دينا يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقا فاسلم فان قيل كلام المص متناقض لانه قال حتى يحول الحول ثم قال لاكثر من المقام الا حولا والمراد به الاقرب من الحول لانه لا يمكن من الاقامة حولا كاملا اجيب بان مراده بقوله حتى يحول الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه ياخذ ثانيا **قال** فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير بنية التجارة وبلغ القيمة مائتي درهم ففيه اربعة اقوال كما ذكره في الكتاب وانما فسر بقوله اي من قيمتها احترازا عن قول مسروق فانه يقول يعشر عينها وبيان الظاهر ما يفهم فان السامع يفهم منه انه يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها والشافعي مر على اصله بانه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره لم يضمن عنده وزفر سوى بينهما لاستوائهما في المالية عندهم فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر اقرب الى المالية بواسطة التخليل وقد يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما اما على الاول فلانه منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي الى ان قال وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة الخنزير حكمه لما اخذ بقيمته كما لا ياخذها بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم العين لما ضمنها كما لا يضمن عينه واما على الثاني فبان المسلم او الذمي اذا غصب خنزير ذمي وتحاكما الى القاضي يامره القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امراة على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فلما دارت القيمة بين ان تكون بمنزلة العين وبين ان لا تكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والحيازة وهو في باب الزكوة ولم تعط في حق الاعطاء لانه موضع ازالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف ونوقض بذمي اخذ قيمة خنزير استهلكه ذمي وقضى بها دينا لمسلم عليه فانه جائز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء واجيب بانه لما قضى بها دينا عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك تختلف السبب واختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن الثاني بان المراد ان من ليس له ولاية حماية خنزير غيره لغرض يستوفيه والقاضي لو حماه حماه لذلك بخلاف القاضي قوله ولو مر صبي او امراة ظاهر قوله ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان مسلما او ذميا وقوله لانه غير ماذون باداء الزكوة يعني هو ماذون بالتجارة فقط فلو اخذ اخذ غير الزكوة وليس له اخذ شيء سوى الزكوة وقوله ولا نائب عنه اي انما هو نائب في التجارة لا غير والنائب يقتصر ولايته على ما فوض اليه فكان بمنزلة المستبضع وقوله ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم ظاهر والصحيح ان الرجوع في المضارب رجوع في العبد الماذون كذا قال الامامان فخر الاسلام وصاحب الايضاح وقوله الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله فانه لا ياخذ منه سواء كان معه مولاه او لم يكن لانعدام الملك يعني عند ابي حنيفة او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكوة وقوله ومن مر على عاشر الخوارج واضح والله اعلم

باب المعادن والركاز اخر باب المعدن عن العاشر لان العشر اكثر وجودا والمال المستخرج من الارض له اسام الكنز والمعدن والركاز فالكنز اسم لما دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض والركاز اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال جمعه والمعدن من عدن بالمكان اقام به والركاز من ركز الرمح غرزه وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما

منهما بانفراده والمراد بالمذكور في لقب الباب الكنز لمعنيين احدهما ان هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجي والثاني انه لو اريد به المعادن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه باب في المعادن والمعادن وان اريد به المعادن والكنز كان تقديره باب في المعادن والمعادن والكنز **قال** معدن ذهب او فضة المستخرج من المعادن انواع ثلثة جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط ومسائل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة الذي يوجد اما ان يكون معدنا او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما ان يوجد في حيز دار الاسلام او حيز دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلثة اوجه اما ان يوجد في مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة او دار والموجود كنزا لا يخلو عن ثلثة اوجه ايضا اما ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع اذا وجد في ارض عشر او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه وكل ما هو كذلك لا شيء عليه كالصيد الا انه اذا كان المستخرج ذهبا او فضة يجب فيه الزكوة وهو ربع العشر ولا يشترط فيه الحول في قول لما ذكر انه نما كله والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين من الفضة لا يجب شيء وانما قال في جانب الشافعي لا يشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا لان الشافعي قائل بالزكوة فكان عليه ان يقول باشتراط الحول فنفاه بما ذكر من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول لا اشتراط له ولنا قوله عم وفي الركاز الخمس قاله حين سئل عما يوجد في الخراب العادي وعطف على المسئول عنه فقال ضه وفي الركاز الخمس عطف على المدفون وذلك يدل ان المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو ينطلق على المعدن ايضا كما تقدم ولانها اي الارض كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا وهو واضح وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو ايضا واضح وفي الغنيمة الخمس بالنص وقوله بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد فان قيل لو كان كان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك اجاب بقوله الا ان للغانمين يدا حكمية وتحقيقه ان الغانمين يستحقون اربعة الاخماس اذا حوت ايديهم حقيقة وحكما وههنا يدهم حكمية لانه لما ثبتت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبت على باطنها حكما واما الحقيقة فللواجد فكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكم في حق الخمس والحقيقة في اربعة الاخماس حتى كان للواجد مسلما كان او ذميا حرا او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امراة لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة وجميع من ذكرنا حق في الغنيمة اما سهما او رضخا فان الصبي والمراة والعبد والذمي يرضخ لهم اذا قاتلوا على ما سيجي بخلاف الحربي فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا وجد شيئا من الركاز يوخذ منه الكل فان قيل روي ان عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر فادى ثمنه منه واعتقه وجعل ما بقي لبيت المال اجيب بانه كان وجده في دار رجل صاحب خطة مات ولم يترك وارثا فصرفه الى بيت المال وراى المصلحة في ان يعطيه ثمنه من بيت المال ليوصله الى العتق قال في التحفة ويجوز للواجد ان يصرف الخمس الى نفسه اذا كان محتاجا لا يغنيه اربعة الاخماس وهو حق وذكر صاحب النهاية ما يشير الى خلاف ذلك **قال** ولو وجد في داره اذا وجد الانسان في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لهما اطلاق قوله عم وفي الركاز الخمس من غير فصل بين الارض والدار ودليل ابي حنيفة ظاهر واعترض بانه لو كان من اجزائها جاز التيمم به ولم يجز بالاجماع واجيب بان التيمم يجوز بما هو من جنسها والجواب عن الحديث ان الامام لما اختط هذه الدار فكانه نفل بها وللامام هذه الولاية وان وجد في ارضه فعن ابي حنيفة روايتان في رواية الاصل لا شيء فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب قوله وان وجد ركازا اي كنزا فسره بذلك لان الركاز اسم مشترك ينطلق على المعدن والكنز وقد فرغ من بيان المعدن فيراد به الكنز وليصح قوله وجب الخمس عندهم فان وجوب الخمس بالاتفاق انما هو في الكنز لا في المعدن لان ابا حنيفة لا يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقوله لما روينا اشارة الى قوله وفي الركاز الخمس فان قيل قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به ههنا استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز اجاب بقوله واسم الركاز ينطلق على الكنز يعني الركز فيه وهو الاثبات ومعناه انه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وانما هو من باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك وبهذا سقط ما قيل كان من حقه ان يقول لما قدمنا روينا وهو قوله عم فيه وفي الركاز الخمس والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصودا ههنا فكان التمسك اولى كما تمسك في المبسوط اذ دلالة الركاز على ما ادعى المص من الكنز بسبب دلالة الركاز على الاثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يدل على الكنوز

وقد يدل على المعدن فكان محتملا كالنص واما ارادة الكنز فسياق الحديث وهو فيما تمسكت في المبسوط فبدليل غير محتمل فكان معتبرا فالتمسك
اولى وذلك لانه استدلال بالعام على ما قررنا بالمشترك والعام والخاص عندنا في ايجاب الحكم سواء ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام
كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة يعرفها حيث يجدها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما
يجيء وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال اي سواء كان الموجود ذهبا او فضة او رصاصا او غيرها
سواء كان الواجد صغيرا او بالغا او عبدا او مسلما او ذميا الا اذا كان حربيا مستامنا لما ذكرنا وقوله لما بينا يعني من النص والمعقول ثم ان وجده
في ارض مباحة يعني الذي هو على ضرب الجاهلية فان الذي يكون بضرب اهل الاسلام ملحق باللقطة فلا يتاتى فيه هذا التوزيع وهو ان يكون اربعة
اخماسه للواجد وقوله لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين اشارة الى ما ذكرنا ان للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس
والباقي للواجد وان وجده اي هذا الكنز المذكور في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف اي الخمس للفقراء واربعة اخماسه للواجد مالكا كان او غير مالك
لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه لان المختط له ما حاز في الباطن وعند ابي حنيفة ومحمد للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول
الفتح لتقديم يده فان قيل يد المختط له وان كانت سابقة لكنها يد حكمية وبها لا يملك كما في الغانمين اجاب بقوله وهي يد الخصوص
يعني ان اليد الحكمية انما لا يثبت بها الملك اذا كانت يد عموم كما في الغانمين اما اذا كانت يد خصوص فيملك بها ما في الباطن وان كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ومما يؤيد هذا ان تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا وما ذاك الا لعموم اليد
وخصوصها فان قيل سلمنا ان المختط له قد ملك لكن باع الارض فخرج الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن اجاب بانه اي الكنز لم يخرج
عن ملكه ببيع الارض لانه مودع فيها كما انه اذا باع السمكة لم يخرج ببيعها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن فانه من اجزائها فينتقل الى المشتري
وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام على ما قالوا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال ابو اليسر
يوضع في بيت المال قوله ولو اشتبه الضرب **فصل** ومن دخل دار الحرب بامان ه ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار
بعضهم ركازا سواء كان معدنا او كنزا رده عليهم تحرزا عن الغدر قال عم في العهود وفاء لا غدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا
وان وجده في الصحراء اي التي في حيز دار الحرب وليست بمملوكة لاحد فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا غدر ولا شيء فيه اي
لا خمس لان الخمس انما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهي ما كان في يد اهل الحرب ووقع في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فهذا ليس كذلك لانه بمنزلة المتلصص في دار الحرب اذا اخذ شيئا من اموالهم واحرزه بدار الاسلام فان قيل المستامن منا في دارهم
اذا وجد في ارض ليست بمملوكة ركازا فهو له والمستامن منهم في دارنا لو وجد شيئا من ذلك في الصحراء لا حق له فيه ويؤخذ منه كله فما الفرق
بينهما اجيب بان الفرق بان دار الاسلام دار احكام فيعتبر اليد الحكمية فيها على الموجود ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها
اليد الحقيقية والفرض عدمها قوله وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل
والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد منه ومما ذكر بعده من الزيبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فاصيب
قهرا فان فيه الخمس بالاتفاق وقوله عم لا خمس في الحجر معلوم انه لم يرد به ما كان للتجارة وانما اراد ما يستخرج من معدنه فكان هذا اصلا
لكل ما هو بمعناه وقوله وفي الزيبق الخمس قيل هو فارسي معرب عرب بالهمزة ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما
يصاب في معدنه لما ذكرنا انفا حكي عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول اولا لا شيء فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره
واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رايت ان لا شيء فيه فصار الحاصل انه على قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف
الاول وهو قول محمد فيه الخمس وعلى قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة الاول لا شيء فيه قال لانه بمنزلة القير والنفط يعني هو من
جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء وهذا
هو النوع الثالث مما ذكرنا في اول الباب لا خمس في العنبر واللؤلؤ عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من
البحر خمس لان عمر اخذ الخمس من العنبر روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب رضه يساله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب
اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر في الكتاب حجته

حجته في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية ان السؤال عن عمر كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال فيهما الخمس
واقول الذي يظهر من كلام المصنف انه اراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفي كل حلية تخرج من البحر واستدل على المجموع بالعنبر لانه
يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان في ايدي الكفار
وقد وقع بايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن في يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد الذهب
والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شيء وقوله والمروي عن عمر رضه جواب عن الاستدلال بحديثه ووجهه انه كان فيما دسره البحر اي دفعه وقذفه
وبه اي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر يقول ومراده دسره البحر الذي في دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فاخذوه فانه غنيمة
يجب فيه الخمس وانما قلنا ذلك لانه روي عن ابن عباس انه قال في العنبر انه شيء دسره البحر فلا شيء فيه فيحمل على احد المعنيين اما على بحر دار الاسلام واما
على انه اخذه واحد من المسلمين في بحر دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص لا خمس فيهما وقوله متاع وجد ركازا اي حال كونه ركازا والمراد بالمتاع
ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما وقيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا البيان ان وجوب الخمس لا يتفاوت فيما
بين ان يكون الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح

باب العشر

سمي العشر زكوة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا وتاخير العشر عن الزكوة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات
الخالصة متقدمة على غيرها قال ابو حنيفة في كل ما تنبت الارض ويبتغى به النماء قليلا كان او كثيرا رطبا كان او يابسا يبقى من سنة الى سنة
او لا يوسق او لا يسقى سيحا اي بماء جار او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب
العشر الا فيما له ثمرة باقية يبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة اوسق كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله عم قيد بالثمرة وهي
اسم الشيء من اصل وقيد بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء ان يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها
دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما بلغ خمسة اوسق احترازا عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول
الله عم فخمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنا قال شمس الائمة الحلواني هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق
ثلثمائة من وليس في الخضراوات كالفواكه والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا بقاء لها سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف
في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولم يتعرض لكونها ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء لهما في الاول اي في اشتراط
النصاب قوله عم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة اي عشر لان زكوة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق اذا بلغت قيمته مائتي درهم ولانه
صدقة بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه الى مصرف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنى ولابي حنيفة
قوله عم ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق
اربعون درهما فيكون قيمة خمسة اوسق مائتا درهم وهو نصاب الزكوة وقيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون بمالية عفو
ونصاب قياسا على الزكوة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة مع كونه منصوصا عليه على العبادة المحضة وهو
ظاهر الفساد وقوله ولا معتبر بالمالك اي في العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب يعني ان الغنى صفة المالك والمالك في باب
العشر غير معتبر حتى يجب في ارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة على الرباطات والمساجد فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا
لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم ليس في الخضراوات صدقة ووجه الاستدلال انه عم نفى
الصدقة عن الخضراوات وليس الزكوة منفية بالاتفاق فتعين العشر وله ما روينا يعني قوله عم ما اخرجت الارض ففيه العشر
ومرويهما وهو ليس في الخضراوات صدقة محمول على صدقة ياخذها العاشر يعني اذا مر بالخضراوات على العاشر واراد العاشر
ان ياخذ من عينها لاجل الفقراء عند اباء المالك عن دفع القيمة لا ياخذ وبه اي بهذا المروي اخذ ابو حنيفة في حق هذا المحمل
الذي حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو اخذ من عينها ليصرف على عمالته جاز وانما قلنا عند اباء المالك عن دفع
القيمة لانه اذا اعطاه القيمة لا كلام في جواز اخذه وهذا لان الاخذ ثبت نظرا للفقراء ولا نظر لهم لان العاشر في الاغلب
يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا يصرفه اليه فيحتاج الى ان يبعث بها الى البلدة وربما يفسد قبل الوصول الى الفقراء فيؤدي

الى الفقر فلا يأخذ مل يودية بنت والذي يقطع هذه المادة ان العام المتفق عليه ولو في بعض موجبه اولى من الخاص المختلف فيه
وقد اتفقوا على العمل بما رواه ابو حنيفة في مقدار رحمته اوسق ولم يعمل بما رواه ابو حنيفة وانما حمله على محمل آخر وعمل به فيه وابو حنيفة
اخذ هذا الاصل عن عمر بن الخطاب فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء بني النضير وهو قوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة
العرب في اجلائهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله عم اتركوهم وما يدينون كذا نقله شيخي عن شيخ شيخه رحمه وقوله ولان
الارض قد تستنمى دليل معقول على مدعاه وتقرير السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستنمى بما لا يبقى فلو لم يجب العشر
فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك اخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز
ولهذا يجب فيه اي فيما لا يبقى من الخارج كالخضراوات او في الارض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تأويل المكان وقوله
اما الحطب بيان لما استثناه ابو حنيفة مما اخرجته الارض وقوله في الجنان اي في البساتين وبيانه ان الحطب والقصب
والحشيش ونحوها مما لا تستنمى به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشياء تنفى عنها البساتين لانها
اذا غلبت على الارض افسدتها فلا يحصل بها النماء حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد به الاستنماء بقطع
ذلك وبيعه كان فيها العشر وقوله والمراد بالمذكور القصب الفارسي القصب كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب
العقدة والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسي وهو ما تتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب
العقد وانبوبه مملو من مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند واجوده ياقوتي اللون وقصب
السكر والمستثنى منه القصب الفارسي واما الآخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف
وهو ورق الجريد الذي تتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما فان قيل ينبغي ان يجب العشر في التبن لانه
كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل ذاتا الا انه زادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب اجيب
بانه لا يجب العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق الى الحب كما تحول الخراج من الكنة عند التعطيل الى الخارج
عند الخروج ❊❊❊ وما سقي بغرب او دالية الغرب الدلو العظيمة والدالية المنجنون تديرها البقرة وذكر في المغرب ان
الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها وقوله ففيه
نصف العشر على قولين اي على حسب اختلاف قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ومحمد عنده يجب نصف العشر من غير شرط
النصاب والبقاء وعندهما ايضا يجب نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما ايضا يجب نصف العشر لكن بشرط
النصاب والبقاء كما بينا وما ذكره من الدليل ظاهر وقال شمس الائمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وكثرتها
فيما سقي بغرب او دالية وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها اكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي
فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها وقوله وان سقي سيحا وبدالية واضح وانما عطف الدالية بالماء لان السيح
اسم للماء دون الدالية فان الدالية آلة الاستقاء فلا يصح ان يقال سقي دالية لان الدالية غير مسقية بل هي آلة السقي كذا في النهاية
وقوله قال ابو يوسف قيل انما ابتدأ بقول ابي يوسف لانه لا يرد الاشكال على قول ابي حنيفة فانه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما اثبتا
الحكم على قود مذهبهما في المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق وقوله لان التقدير بالوسق كان باعتبار
انه اعلى ما يقدر به نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر من معياره واقصى ما يقدر به في القطن الحمل
لانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنان ثم بالحمل فكان الحمل على ما يقدر به وفي الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن
وقوله وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقيد بارض العشر لانه اذا اخذ من ارض الخراج فلا شيء فيه لا عشر ولا خراج كما بينا وقوله
فاشبه الابريسم يعني الذي يكون من دود القز وقوله ولنا قوله عم يعني به ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة ان رسول الله كتب الى اهل اليمن ان في العسل
العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما وقوله ثم عند ابي حنيفة
ظاهر وقوله الحديث بني سيابة وفي بعض النسخ بني سيارة وهو ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ان بني سيابة قوم من خثعم وقال في

وقال في المغرب من خثعم كانت لهم نحل عسل يؤدون الى رسول الله عم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديهم فلما كان في زمن عمر استعمل عليهم
سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر فكتب اليه عمر ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء فان ادوا اليك ما كانوا
يؤدونه الى رسول الله عم فاحم لهم واديهم والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا اليه العشر والقربة خمسون وقوله كل فرق ستة وثلثون رطلا الفرق
بفتحتين اناء يأخذ ستة عشر رطلا وذلك ثلثة اصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد قال الازهري والمحدثون على
السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا قال وقد يحرك ثم قال المطرزي قلت وفي نوادر
هشام عن محمد الفرق ستة وثلثون رطلا ولم اجد هذا فيما عندي من اصول اللغة قوله وكذا في قصب السكر اي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما
في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف بقيمة خمسة اوسق وعند محمد خمسة امنا وقوله وما يوجد في الجبال ظاهر وقوله
ان المقصود حاصل وهو الخارج يعني ولا معتبر بكون الارض غير مملوكة لان العشر يجب على المستغل اذا زرع وان لم يكن الارض مملوكة له لان الخارج
سلم له من غير عوض فكذا هذا ❊❊❊ وكل شيء اخرجته الارض كل شيء اخرجته الارض مما فيه الواجب العشري عشرا كان او نصفه لا ترفع المؤنة من
العشر مثل اجر العمال والبقر وكري الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر
في كل الخارج ومن الناس من قال يجب النظر الى قدر قيمة المؤن من الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤن بمنزلة السالم له بعوض كانه
اشتراه الا يرى ان من زرع في ارض مغصوبة يسلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض ويطاب له كانه اشتراه ووجه قولنا
ان النبي عم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى
لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه ان الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان واذا
كان الخارج فيما سقي بغرب اربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا فاذا رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء
وبين ما سقي بغرب والمنصوص خلافه فتبين ان ما سقي بغرب ففيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا المحل من خواص هذا الشرح فليتأمل
قيل كان من حق الكلام ان يقول مما فيه العشر لان الواجب احدهما والجواب ان المراد الواجب العشري كما اشرنا اليه في صدر الكلام
فكان العشر صار علما لذلك سواء كان عشرا لغويا او نصفه وقوله تغلبي بكسر اللام منسوب الى بني تغلب وقوله عرف ذلك
باجماع الصحابة تقدم بيانه في قصة عمر معهم ولا فصل في ذلك بين ان يكون الارض ملكه في الاصل او اشتراها من مسلم وعن محمد ان فيما اشتراه من المسلم عشرا
واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فتضعيف العشر انما يكون في الاراضي الاصلية التي وقع الصلح عليها ولهما ان الصلح وقع بيننا وبينهم
على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وقوله وان اشتراها يعني الارض التي عليها العشر المضاعف من
الاصل من التغلبي ذمي فهي على حالها من العشر المضاعف عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر فان الذمي اذا مر على العاشر بمال الزكوة
فانه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذا اذا اشتراها منه مسلم يعني يبقى عشرا مضاعفا عند ابي حنيفة من غير فصل بين التضعيف الاصلي
والحادث لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج فان المسلم اذا اشترى ارضا خراجية بقيت كما كانت وكذا اذا اسلم صاحبها
وهذا لان بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع بقيا بعد زوال الحاجة الى اظهار التجلد وههنا بحث قررناه في التقرير فليطلب ثمة وقال ابو يوسف
يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر الا يرى ان التغلبي اذا كانت له خمس من الابل السائمة يجب فيها شاتان فان باعها من مسلم او اسلم
يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لابي حنيفة ان مال الزكوة انتقل الى من ليس من وصفه الا يرى ان مال التجارة يبطل عنه الزكوة بنية القنية
والسوائم تبطل عنها بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك وقوله قال في الكتاب اي في كتاب الزكوة من المبسوط وهو العود الى عشر واحد قول محمد فيما صح
عنه قال المص اختلف النسخ اي نسخ المبسوط في بيان قول محمد انه مع ابي حنيفة او مع ابي يوسف والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف على المسلم
وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني اي ذمي غير تغلبي نماقه وبذلك لان لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناول التغلبي
وغيره من النصارى وذكر فيه فصل هذا بيع المسلم من التغلبي بكان هذا من غير تغلبي قيد بقوله وقبضها ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها وتقرر الارض
عليه حتى اذا اخذها مسلم بالشفعة او ردت على البائع تبقى عشرية كما كانت وهي المسئلة الثانية التي تجيء وقوله لانه اليق بحال الكافر انما كان كذلك لان
المأخوذ ثلثة انواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف والعشر المضاعف يعتمد الصلح والتراضي كما في التغالبة وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى

القربة والكافر ليس من اهله فتعين الخراج لانه اليق به لكونه مؤنة فيه معنى العقوبة والكافر اهل لها وقوله اعتبارا بالتغلبي يعني ان ما كان ماخوذا من المسلم اذا وجب
اخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به الذمي على العاشر وسواء كان من التبديل لانه تغير في الوصف والخراج واجب فيه وقوله ثم في رواية يصرف
مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج وجه الاولى ان حق الفقراء تعلق فيه كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية ووجه الثانية وهي رواية ابن
سماعة ان ما يصرف الى الفقراء هو ما كان يتقرب به بطريق العبادة ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج وقوله فان اخذها منه مسلم اي اخذ الارض التي اشتراها
المسلم من نصراني اي من النصراني مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه
اشتراها من المسلم ولم يتوسط النصراني واعترض بانه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري اذا قبضها منه واجيب بانه انما رجع عليه
لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فان المشتري يرد المبيع بالعيب على الوكيل لا الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها
معيبا يردها عليه دون المشتري واما الثاني اي الرد على البائع لفساد البيع فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم اي
البائع لا ينقطع بهذا الشراء وهو الفاسد لكونه مستحق الرد بفتح الحاء قال واذا كانت لمسلم دار خطة دار خطة كخاتم فضة بالاضافة سماعا ويجوز خطة
بالنصب تمييز كما في عندي راقود خلا والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار على ما يجيء
ووضع هذه المسئلة لبيان ان الحكم الاصلي للشيء يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شيء سواء كان مالكها مسلما او ذميا فاذا جعلها
بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج ان سقاه بماء الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء لان وظيفة الاراضي باعتبار انزالها
وهي انما يكون بالماء واستشكل هذه المسئلة بان فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في ابواب السير من الزيادات ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف
الخراج واجاب شمس الائمة بان معناه انه لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء الخراج
اذ الخراج يجب حقا للمقاتلة فيختص وجوده بما حوته المقاتلة الا يرى ان المسلم اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج
ومعنى قوله في مثل هذا الارض التي لم يتقرر امره على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض تسقى بماء العشر وقد اشتراها الذمي فان ماءها عشري
دون الخراج وقوله وليس على المجوسي في داره شيء قال شيخ الاسلام انما خصه بالذكر لانه قيل ان المجوس كثر بالسواد فقال عمر اعيى امر المجوس وفي القوم
عبد الرحمن بن عوف فقال سمعت رسول الله صلعم يقول سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الحديث فلما سمع عمر بذلك عمل به وامر عماله ان يمسحوا اراضيهم
وعامرهم فيوظفوا الخراج على اراضيهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم ابعد
عن الاسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الاولى وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر عليه اذ فيه معنى القربة
فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وللقائل ان يقول لم لا يكون الاعتبار للماء والحال من يوضع عليه الوظيفة فان كان الاول وجب عليه العشر وان كان
الثاني ناقض هذا قوله لان المؤنة في هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه بماء الخراج والجواب ان الاعتبار للحال ولكن قبول المحل
شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل لايجاب العشر عليه لكونه عبادة فان قيل فكيف كان المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له فالجواب
انه لا صغار في خراج الاراضي انما هو في خراج الجماجم كذا ذكره شمس الائمة سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقا او اذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول ممنوع
والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم وقوله على قياس قولهما يعني ما مر ان الذمي اذا اشترى من مسلم ارضا عشرية وجب عند
ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا وجب على المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران
والوجه من الجانبين قد تقدم وكذا الروايتان عن محمد في المصرف وقوله ثم الماء العشري بيان للماء العشري والخراجي وهو ظاهر والانهار التي شقتها الاعاجم
مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ومرو روذ لان اصل تلك الانهار بمال الخراج فصار ماؤها خراجيا وصارت الارض خراجية تبعا وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء وال
الميم وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وقال بعض الشارحين الآبار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض
العشرية ماؤها عشري واما التي تكون في الارض الخراجية فماؤها ايضا خراجي لان الماء ياخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو انه ذكر ان الارض
العشرية ما تسقى من ماء العشر فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يعرف لتوقف احدهما على الآخر والجواب ان
الاراضي العشرية ست انواع فارض العرب كلها عشرية وقد سبق تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث الارض التي فتحت عنوة
وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس الارض الميتة التي احياها مسلم وكانت من توابع

توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كان له دار في ارض العرب او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت
عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقاها بماء آبارها او العيون التي فيها وجب العشر وان كانت الدار لمجوسي والمسئلة بحالها فعلى ما ذكر
من اختلافهم في وجوب الخراج او العشر الواحد او المضاعف وعلى هذا اذا احيى مواتا وقوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة او على تضعيف
ما يجب على المسلمين من العبادة او ما فيه معناها دون المؤنة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شيء من ذلك
وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كان منهم وقوله وليس في عين القير والنفط القير هو
الزفت والقار لغة والنفط بفتح النون وكسرها وهو افصح دهن يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح وقوله وعليه في ارض الخراج خراج يجوز
ان يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج بان يمسح موضع القير اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة فيكون
موضع العين تابعا للارض وهو اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه وعلى الرجل في عين القير والنفط في ارض الخراج خراج يعني في حريمها
اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو مختار ابي بكر الرازي لان حريمه في الاصل صالح
لها وانما عطله صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالارض السبخة
وما لا يبلغها الماء فكان المصنف اختار قول ابي بكر الرازي

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكوة وما يلحق بها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه الاشياء فشرع في بيانه في هذا الباب والاصل فيه اي فيمن
يجوز الصرف اليه قوله تع انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية وهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلثة انواع نوع كان يتألفهم
رسول الله عم ليسلموا ويسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم اسلموا لكن على ضعف فيريد تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهو مثل عيينة بن
حصن والاقرع بن حابس والعباس بن مرداس وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله عم يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم
السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم ثم سقط ذلك في خلافة الصديق روي
انهم استبدلوا الخط لنصيبهم في خلافة ابي بكر فبذل لهم وجاؤوا الى عمر رض فاستبدلوا خطه فابى ومزق خط ابي بكر وقال هذا شيء كان
يعطيكم رسول الله تاليفا لكم فاما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف
فعادوا الى ابي بكر فقالوا انت الخليفة ام عمر بذلت لنا فمزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الاجماع واختلف كلام القوم
في وجه سقوطه بعد النبي عم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته عم فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بناء على ان الاجماع حجة
قطعية كالكتاب وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار
ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى علة كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فانتهاء وقد لا يسلم انتهاؤه وفيه بحث قررناه
في التقرير وقال شيخ شيخي العلامة علاء الدين عبد العزيز والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي عم من حيث المعنى وذلك ان
المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة اهل الكفر فكان الاعزاز ولما تبدل الحال بغلبة اهل الاسلام صار
الاعزاز في المنع فكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة لاعزاز الدين والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم
يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهير لانه آلة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدل حاله بوجدان الماء سقط الاول ووجب
استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا هذا وهو نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة
على العشيرة في زمن النبي عم وبعده على اهل الديوان ولان الايجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه عم كان بالعشيرة وبعده
باهل الديوان فايجابها على اهل الديوان بعده عم لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله وهو الانتصار فكذا هذا
وهو كلام حسن وقوله والفقير من له ادنى شيء ظاهر وقوله ولكل وجه اما وجه الاول وهو ان يكون المسكين اسوأ حالا من الفقير فقوله تع
او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري واما وجه من قال بالثاني وهو ان الفقير اسوأ حالا من المسكين فقوله تع اما السفينة
فكانت لمساكين يعملون في البحر والفائدة تظهر في الوصايا والاوقاف والنذور لا في الزكوة فان صرفها الى صنف واحد جائز عندنا
ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تع روي عن ابي يوسف انه قال هما صنف واحد حتى قال لو

اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر وقال ابو حنيفة لفلان ثلث الثلث
فجعلهما صنفين وهو الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام لانه عطف وهو يقتضي المغايرة قوله والعامل يدفع اليه الامام العامل هو الذي يبعثه
الامام لجباية الصدقات يعطيه ما يسعه اي يكفيه واعوانه مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه لعمل من امور المسلمين يستحق على ذلك رزقا
كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على وجه الاجارة لانها لا تكون الا على عمل معلوم او مدة معلومة واجر معلوم ولم يقدر ذلك بالثمن خلافا للشافعي
فانه يقدر بذلك لان التسمية تقتضي المساواة في الاصل فتكون بيانا لحصته وفيه نظر لان التسمية ان اقتضت ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالاجماع
فلم يبق الاسهم ثمانية حتى يكون له الثمن واجيب بان المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط فكانت الاسهم ثمانية
وقوله لان استحقاقه بطريق الكفاية اي بطريق الصدقة الا يرى ان صاحب الزكوة لو دفعها الى الامام لم يستحق العامل شيئا اذ
يأخذ وان كان غنيا فان قيل لو كان كذلك لجاز اخذه للهاشمي اجاب بقوله الا ان فيه شبهة الصدقة نظرا الى سقوط الزكوة عن ذمة
المؤدي فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه اي الهاشمي في استحقاق الكرامة فلم يعتبر
الشبهة في حقه وقوله هو المنقول يعني عن رسول الله عم فانه روي ان رجلا قال يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة قال فك الرقبة
واعتق النسمة قال اوليسا سواء يا رسول الله قال فك الرقبة ان تعين في عتقها وقوله ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه لانه اذا
ملك ذلك كان غنيا واذا لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه سواء كان فقيرا وقوله في اصلاح ذات البين اي الصلح
بين المتعادين لزوال الاختلاف وحصول الايتلاف والنائرة العداوة والشحناء وقوله منقطع الغزاة اي فقراء الغزاة وكذلك
المراد بمنقطع الحاج فقراؤهم المنقطع بهم ولا يصرف الى اغنياء الغزاة لان المصرف هو الفقير لقوله عم خذها من اغنيائهم وردها في
فقرائهم وقال الشافعي يجوز لقوله عم لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة من جملتهم الغزاة في سبيل الله وتأويله الغني بقوة البدن ومعناه
ان المستغني بكسبه لقوة بدنه لا يحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب وذكر تلك الخمسة في التجنيس
فقال لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة الغازي والعامل عليها والغارم ورجل اشتراها بماله ورجل تصدق بها على مسكين فاهداها المسكين اليه
وذكر في المصابيح وفي رواية وابن السبيل فان قيل قوله وفي سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة او منقطع الحاج لانه اما ان يكون
له في وطنه مال او لا فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير فمن اين يكون العدد سبعة اجيب بانه فقير الا انه ازداد فيه شيء آخر
سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من جهاد او حج فلذلك غاير الفقير المطلق فان المقيد يغاير المطلق لا محالة ويظهر اثر التغاير
في حكم آخر ايضا وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه التي استفيدت من العدول عن اللام الى كلمة في فان في ذلك ايذانا بانهم
الرسخ في استحقاق المتصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لان في للظرفية فنبه على انهم احقاء بان يوضع فيهم الصدقات واذا كان كذلك
لم ينتقص المصارف عن السبعة وفيه تأمل وقوله فهذه جهات الزكوة يعني انهم مصارف الصدقات لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف
الى واحد منهم وقال الشافعي هم المستحقون لها حتى لا يجوز ما لم يصرف الى الاصناف السبعة من كل صنف ثلثة وهم احد وعشرون لان الاضافة
بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعة للتمليك ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق قال ابن عباس
المراد بيان المصارف فالى ايهما صرفت اجزاك كما ان الله تع امرنا باستقبال الكعبة فاذا استقبلت جزءا منها كنت ممتثلا للامر
ان الله تع ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا ان المقصود سد خلة المحتاج فصاروا صنفا واحدا في التحقيق وقوله
وهذا اي ما ذكرنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق لما عرف ان الزكوة حق الله تع وبعلة الفقر اي الحاجة صاروا مصارف
لما ذكرنا انه تع ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فلا يبالي باختلاف جهاته وقوله ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي واضح والضمير في من
اغنيائهم راجع الى المسلمين بالاجماع لان الزكوة لا تجب على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله
انما الصدقات بخبر الواحد وهو لا يجوز اجيب بانه مشهور تلقته الامة بالقبول فجاز الزيادة به وقوله ويدفع ما سوى ذلك من الصدقات
يعني الى الذمي لانه هو المذكور اولا دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين اولى وقوله تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي شيئين احدهما
ان يجوز الصرف الى الحربي والمستأمن والثاني جواز دفع الزكوة ايضا واجاب عن الثاني بقوله ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة

في الزكوة لان قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا التصدق ومنهم من قال معناه انه مخصوص به وليس بشيء لان المطلق ليس بعام
ومنهم من يقول معناه العمل بالدليلين وذلك لان قوله تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي جواز دفع الزكوة اليهم وحديث معاذ
يقتضي عدمه فقلنا حديث معاذ في الزكوة والآخر فيما سواها من الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملا
بالدليلين ولم يذكر الجواب عن الاول واجيب عنه بانه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم وفيه نظر
لانه لحقه بيان التقرير وهو يمنع الخصوص على ما عرف في الاصول ولا يدفع ما قيل كلمة كل لتاكيد الاديان لا لتاكيد الاهل فتأمل فانه غامض سلمناه
ولكن يقتضي ان يكون الخصوص مقارنا عندنا وليس بثابت على ان في الآية النهي عن التولي لا عن البر فلا يكون له التعلق بالصدقة ويمكن
ان يقال امرنا بالمقاتلة معهم بآية القتال فان كان شيء منها متأخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وان لم يكن لم يبق الحديث
معمولا به في حقهم لان التصدق عليهم رحمة لهم ومواساة وهي منافية لمقتضى الآية وليس في مرتبتها فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولا به
في حق اهل الذمة عملا بالدليل بقدر الامكان وقوله وهو الركن لان الاصل في دفع الزكوة تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه
جزءا من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقرونا بالنية ولقائل ان يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة اذ ليس في الادلة النقلية
المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك خلا قوله تع انما الصدقات للفقراء وانتم جعلتم اللام للعاقبة ان المقبوض يصير ملكا لهم في العاقبة فهم مصارف
ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم يبق دعوى مجردة وقوله لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل ان
الداين والمديون اذا تصادقا ان لا دين بينهما فللمودي ان يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكا للقابض واما قيد بدين
الميت لانه لو قضى دين حي بامره وقع عن الزكوة كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة وقوله ولا يشتري بها
رقبة ظاهر وقوله ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه اي من يكون بينهما قرابة ولادا علوا او سفلا واما ما سواهم من القرابة فيتم الايتاء اليهم
اليه وهو افضل لما فيه من صلة الرحم وقوله للاشتراك في المنافع عادة لان الله تع قال ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها
وقوله لما ذكرنا يعني من اشتراك المنفعة الا يرى ان كلا منهما متهم في حق صاحبه حتى لا يجوز شهادته له وان كل واحد منهما يرث
صاحبه من غير حجب كما في الولاد وكما ان الولاد مانع فكذا ما تفرع منه الولادة وقوله قلنا هو محمول على النافلة لما روي انها كانت امراة
صنعة اليدين تعمل للناس فتصدق بذلك وبه نقول وقوله وله حق في كسب مكاتبه ظاهر الا يرى انه لو تزوج جارية
مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه وقوله ولا الى عبد اعتق بعضه بضم الهمزة بان يكون عبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه
وهو معسر لا يجوز للآخر دفع زكوته اليه لانه بمنزلة المكاتب عنده وحر مديون عندهما وقوله بخلاف امراة الغني يعني فانه يجوز الدفع
اليها اذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف انه لا يجوز لانها مكفية المؤنة بما تستوجب النفقة
على الغني حال اليسار والاعسار فالصرف اليها كالصرف الى ولد صغير لغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق بينها وبين
الولد الصغير للغني انه يستوجب النفقة عليه بالجزئية فكان الصرف اليه كالصرف الى الغني وقوله ولا يدفع الى بني هاشم الى قوله لانه
البتة ذا ما ظاهر واعترض عليه بان التشبيه بالوضوء على الوضوء كان انسب باعتبار وجود القربة فيهما ولهذا اختار صاحب
الفتاوى الكبرى حرمة التطوع ايضا وذكر في شرح الآثار ان المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما وعن ابي حنيفة فيه روايتان
واجيب بان المال في التطهير دون الماء لان المال مطهر حكما والماء حقيقة وحكما فيكون المال مطهرا من وجه دون وجه فجعلناه نجسا
في الفرض دون النفل عملا بالوجهين وقوله وهم آل علي ظاهر وقوله واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله عم هو ابو رافع
روى صاحب السنن بسنده الى ابي رافع ان النبي عم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها
قال حتى آتي النبي عم فأتاه فسأله فقال مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجبت الجزية
على عبد كافر اعتقه القرشي لانه لا جزية عليه اجاب بقوله بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية
ويعتبر حال المعتق في حق الثاني لانه هو القياس فان القياس ان لا يلحق المعتق بالمعتق في حال ما لان كل واحد منهما اصل بنفسه من حيث
البلوغ والعقل والحرية وخطاب الشرع والالحاق انما يكون بالنص في حق الصدقة فلا يتعداه ولهذا يؤخذ من مولى التغلبي الجزية

الصدقة المضاعفة وقوله قال ابو حنيفة ومحمد هذا على ثلثة اوجه اما ان ظهر انه كان محلا للصدقة او لم يظهر حاله عنده اصلا او ظهر انه لم يكن
محلا ففي الاولين يجوز بالاتفاق وفي الثالث جاز عند ابي حنيفة ومحمد ولا اعادة عليه وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني انه
لا رواية فيه واختلفوا فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع به قيل يتصدق به وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك ليعيد
الايتاء وقال ابو يوسف عليه الاعادة ولكن لا يسترد ما اداه لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار
كالاواني والثياب فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فان غلبت الطاهرة مثل ان يكون اثنان طاهران وواحد نجس فانه
لا يجوز ان يترك التحري فاذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطا يعيد الوضوء واما اذا غلبت الطاهرة او تساويا يتيمم ولا يتحرى واما الثياب
الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة وليس معه علامة تعرف بها فانه يتحرى مطلقا فاذا صلى بثوب منها بالتحري ثم ظهر خطاؤه اعاد
الصلوة واما عدم استرداده فلان فساد جهة الزكوة لا ينقض الاداء ولهما حديث معن بن يزيد وهو ما روي ان يزيد دفع
صدقته الى رجل ليدفعها الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما اصبح رآها معه فقال يا بني والله ما اياك اردت فاختصما الى رسول الله عم فقال
يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وجوز ذلك ولم يستفسر ان الصدقة كانت فريضة او تطوعا وذلك يدل على ان الحال
لم يختلف او لان مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة وقوله لان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دليل يتضمن الجواب
عن كلامه وامكان الوقوف على هذه الاشياء يعني سلمنا ان الوقوف على هذه الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان
كذلك يبنى الامر فيه على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة فاذا وقع عنده انه مصرف صح الاداء لئلا يلزم تكليف ما ليس في
الوسع وعن ابي حنيفة في غير الغني اي فيما اذا ظهر انه هاشمي او كافر او انه ابوه او ابنه لا يجزيه والظاهر هو الاول يعني الاجزاء في الكل
وقوله وهذا اي عدم الاعادة اذا تحرى حاصل هذه المسئلة على اربعة اوجه اما ان يدفع زكوة ماله رجلا بلا شك ولا تحر
او شك في امره فالاول يجزيه ما لم يتبين انه غني لان الفقر في القابض اصل والثاني اما ان تحرى اولا فان لم يتحر لم يجزه حتى يعلم انه
فقير لانه لما شك وجب عليه التحري كما في الصلوة فاذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز الا اذا ظهر انه فقير لان الفقر هو
المقصود وقد حصل بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما ان يكون في اكبر رايه انه مصرف او ليس بمصرف فان كان الثاني لا يجوز
الا اذا ظهر انه فقير فاذا ظهر صح هو الصحيح وزعم بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى
الى جهة ثم اعرض عن الجهة التي ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى ثم تبين انه اصاب القبلة لزمه اعادة الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
والاصح هو الفرق فان الصلوة لغير القبلة مع العلم لا يكون طاعة فاذا كان عنده ان فعله معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه به واما
التصدق على الغني صحيح وليس من معنى المعصية ويمكن اسقاط الواجب عند اصابة محله بفعله وان كان الاول فان ظهر انه فقير
او لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر انه غني فكذلك عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال يلزمه الاعادة كما ذكرناه
وهو قول الشافعي وقوله وهو الركن اي التمليك هو الركن في الزكوة كما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا سواء كان من النقود
او السوائم او العروض فهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكوة
اليه وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له الف درهم وعليه دين الف درهم وله دار وخادم وفرس وسلاح لغير التجارة قيمتها عشرة الاف
درهم فلا زكوة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف فكان الدين مصروفا اليه فاما
الدار والخادم والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي
مالا عظيما ولكنه محتاج اليها يحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم وقوله وانما النماء شرط الوجوب
يعني ان الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج الاصلية ناميا كان او غير نام وانما النماء شرط وجوب الزكوة ويجوز
دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي لا يجوز دفعها الى الفقير المكتسب لقوله عم لا تحل الصدقة لغني
ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها لكونها خفية ولها دليل ظاهر وهو فقد النصاب
فيقام مقامها كما في الاخبار عن المحبة فيما اذا قال ان كنت تحبيني فانت طالق فقالت احبك وتاويل ما رواه حرمة الطلب الا ترى

الا ترى الى ما روي عن رسول الله عم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسالانه فنظر اليهما ورآهما جلدين فقال انه لا حق لكما
فيه وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا ترى انه جوز الاعطاء اياهما وقوله ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا قيل معناه اذا لم يكن له عيال ولا دين عليه فاما اذا كان معيلا فلا باس بان يعطيه مقدار ما لو وزع على عياله اصاب
كل واحد منهم دون المائتين لان التصدق عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه دين فلا باس بان يعطيه مائتين
او اكثر مقدار ما اذا قضى به دينه يبقى له دون المائتين ولذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين وقال ويكره
ان يعطي رجلا من الزكوة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال ابو يوسف لا باس باعطاء المائتين وقال زفر لا يجوز ان
يعطيه المائتين وجه قول ابي يوسف ان جزءا من المائتين مستحق بحاجته للحال والباقي دون المائتين فلا يثبت به صفة الغنا الا
ان يعطيه فوق المائتين ووجه قول زفر ان الغنا قارن الاداء لان الاداء علة الغنا والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة
مع الفعل وهذا مقرر عند علمائنا المحققين ذكره الامام المحقق فخر الاسلام وغيره في اصول الفقه ولنا ما ذكره ان الغنا حكم
الاداء وحكم الشيء يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية لا يجوز ان يتاخر عنها كما قال زفر فما وجه هذا الكلام منهم
من قال معنى قوله الغنا حكم الاداء الغنا حكم حكم الاداء وذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنا مضافا الى الاداء لكن
بواسطة الملك فكان للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان له شبهة
السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شرى القريب للاعتاق فان الشرى علة الملك والملك في القريب علة
العتق بالحديث فكان العتق حكم حكم الشرى فلذلك جازت نية الكفارة عند الشرى لشبهة تقدم الشرى على العتق بوجود الواسطة
وليس في كلام المص ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقير وانما يثبت الغنا بحكمه وحكم الشيء لا يصلح مانعا لان
المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان البقاء يستغني عن الفقر وهذا يشير الى التاخر كما ترى والحكم لا يتاخر
عن العلة الحقيقية واقول الحكم يتعقب العلة في العقل ويقارنها في الوجود فبالنظر الى التاخر العقلي جاز وبالنظر
الى التقارن الخارجي يكره ولعله المراد بقوله لقرب الغنا منه وقوله وان تغني به انسانا احب الى هذا خطاب ابي حنيفة لابي يوسف
وانما صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع اداء الزكوة ولهذا قالوا ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى
به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغناء عن السؤال في يومه لا ان يملكه نصابا لان الاغناء مطلقا مكروه كما
تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم يكن مديونا او معيلا بناء على ما تقدم وقوله ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد قال الامام ابو
الحسن القدوري يكره نقل الزكوة الى بلد آخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا نقل اليهم
فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء بالنص واما الكراهة فلحديث معاذ ولان في النقل
ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته فلما فيه من اجر الصدقة والصلة واما الى قوم هم احوج
من اهل بلده فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح عن معاذ انه كان يقول باليمن ائتوني بخميس او
لبيس آخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب الصغير طوله خمسة اذرع واللبيس
الخلق وقوله بالفرق بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر فانه اعتبر هاهنا مكان المال وفي صدقة الفطر مكان من تجب عليه
في ظاهر الرواية واجيب بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن راسه حتى لو هلك راسه وجبت عليه وراس مماليكه
في حقه كراسه في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فتجب حيث ما كانت رؤسهم واما الزكوة فانها تجب في المال ولهذا اذا هلك
سقطت فاعتبر مكانه

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها
مناسبة بالزكوة والصوم اما بالزكوة فلانها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكوة واما بالصوم فباعتبار الترتيب
الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب لان المقصود من الكلام هو المضاف
خصوصا لا المضاف اليه خصوصا اذا كان مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تع سميت بها لان

يظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق تظهر به صدق رغبة الرجل في المرأة **قال** صدقة الفطر واجبة. الوجوب ههنا على معنى
الاصطلاح وهو ما يثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب وقوله فاضلا عن مسكنه قال في النهاية حتى لو كان له داران دار
يسكنها واخرى لا يسكنها ويؤاجرها او لا يؤاجرها يعتبر قيمتها مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر وقوله وعبيده يعني التي للخدمة
فان التي يكون للتجارة فيها الزكوة وقوله صغيرا او كبيرا صفتان لعبيد ولا يجوز ان يكونا صفتين لحر وعبد لانه لا يجب صدقة الفطر
عن ولده الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها وسببها ووجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من يجب عليه ومن يجب عنه
وقوله رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري قال الامام حميد الدين الضرير العذري يعني بالعين والذال
المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل الحديث ينقلونه كنيته
وابو سعيد العذري وقوله لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو
اي الحديث حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله لا لا بما ذكر في [illegible] حديث
ابن عمر غني او فقير لانه محمول اما على ما كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى واما على الندب لانه قال في
آخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله تع افضل مما اعطى وقوله وقدر اليسار بالنصاب ظاهر وقوله
ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب مالا ناميا لانها وجبت بالقدرة الممكنة والنمو انما يشترط فيما يكون وجوبه
بالقدرة الميسرة كالزكوة على ما عرف في الاصول وقوله وبتعلق بهذا النصاب يشير الى وجود نصب قيل وهي ثلثة
نصاب يشترط فيه النماء يتعلق به الزكوة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال النامي قد تقدم بيانه ونصاب يجب به احكام اربعة
حرمة الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النمو لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب
يثبت به حرمة السؤال وهو ما اذا كان عنده قوت يوم عند بعض وقال بعضهم ان يملك خمسين درهما وقوله يخرج ذلك
اي المقدار المذكور عن نفسه لحديث ابن عمر قال فرض رسول الله عم زكوة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا
من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس نصف صاع من بر وقوله لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه
يقال زكوة الراس وهي اي الاضافة امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوهه اضافة
المسبب الى السبب لحدوثه به فان قيل لو كانت الاضافة امارة السببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة
الفطر وليس كذلك عندكم اجيب بقوله والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا كانت اضافة مجازية
ولهذا يتعدد الصدقة بتعدد الراس مع اتحاد اليوم فعلم ان الراس هو السبب دون الوقت فان قيل قد تكرر بتكرر
الوقت في السنة الثانية والثالثة ولو كان الراس هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب
بان الراس انما جعل سببا بوصف المؤنة وهي تتكرر بمضي الزمان فصار الراس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه
حكما فكان السبب هو المتكرر حكما وقوله والاصل في الوجوب راسه ظاهر وقوله ومماليكه بالجر يتناول العبيد
والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكر وقوله فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر وهو القياس لا يؤدي الاب من مال نفسه ولو ادى
من مال الصغير ضمن لانها زكوة في الشريعة كزكوة المال فلا تجب على الصغير ولانها عبادة والصغير ليس باهل
لوجوبها ووجه الاستحسان ان الشرع اجراه مجرى المؤنة حيث اوجب على الانسان من جهة غيره فاشبه النفقة
ونفقة الصغير من ماله اذا كان له مال وكما يؤدي عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة
الصغير **قال** ولا يؤدي عن زوجته قال الشافعي يجب على الرجل ان يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله عم
ادوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكر في الكتاب ووجهه انه عم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق ينصرف
الى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة وكذلك لا يتم من الولاية وليس له عليها الولاية

الولاية الا في حقوق النكاح ولا يؤدي عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية
فصاروا كالاجانب وقوله ولو ادى عنهم جاز وهو استحسان والقياس ان لا يصح كما اذا ادى الزكوة بغير اذنهما
ووجه الاستحسان ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان يسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا وفي العادة ان الزوج
هو الذي يؤدي عنها فكان الاذن ثابتا عادة بخلاف الزكوة فانها عبادة محضة لا تصح بدون الاذن صريحا ولا يخرج عن
مكاتبه لعدم الولاية ولانه لا يمونه ولا المكاتب عن نفسه لفقره لانه مملوك مالا ومن كان كذلك ليس من اهل الملك
وقد قررناه في التقرير على وجه لم يسبق اليه فليطلب ثمة وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لانها لا تنعدم بالتدبير والاستيلاد وانما
تخل المالية ولا عبرة لها ههنا لانه يؤدي عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكوة على المولى فهما حقان ثابتان في محلين مختلفين فلا تنافي بينهما فجاز اجتماعهما وعندنا وجوبها على المولى بسبب
العبد كالزكوة فلو اوجبناهما عليه ادى الى الثنى وهو لا يجوز لقوله عم لا ثنى في الصدقة والثنى مكسور مقصور اي لا تؤخذ في السنة مرتين فان
قيل سبب الزكوة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤسهم ومحل الزكوة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما حقان مختلفان
سببا ومحلا فلا يؤدي الى الثنى لان الثنى عبارة عن تثنية شيء واحد وهما شيئان فكانا كنفقة عبيد التجارة مع الزكوة اجيب بان الشرع
بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال ادوا عمن تمونون وهذا العبد معد للتجارة لا للمؤنة والنفقة التي ينفقها فيهم لطلب الزيادة منهم فيكون
ساقط العبرة بحكم القصد الا ترى ان المضارب يملك هذا الانفاق وهو غير ماذون الا بالتجارة واذا سقطت المؤنة حكما في عبد
التجارة اشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم من
هذا ان سقوط صدقة الفطر ههنا لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا للتنافي بين الواجبين وقوله والعبد بين الشريكين لا فطرة
على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد وقد تقدم ان الولاية والمؤنة الكاملتين سبب ولم توجد وقوله وكذا العبيد بين
اثنين يعني لا يجب الصدقة عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص الى الكسور حتى لو كان بينهما خمسة اعبد
يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا يجب عن الخامس ابو حنيفة مر على اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا او باعتبار
القسمة ملك كل واحد منهما في البعض متكامل والحاق ابي يوسف بمحمد ههنا مخالف لما ذكره في المبسوط حيث قال فان كان بينهما
مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعن محمد تجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت
كاملة في نفسها ومذهب ابي يوسف مضطرب والاصح ان قوله كقول ابي حنيفة وعذره اي القسمة تبتنى على الملك فاما وجوب الصدقة
فيبتنى على الولاية لا على الملك حتى يجب الصدقة فيما لا ملك فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من هذه الرؤس كما تقدم
ووجه قوله اذا كان كقول محمد ما ذكره في الكتاب وهما يريانها وقيل بالاجماع اي عدم وجوب الفطر في العبدين اثنين بالاجماع
علمائنا الثلثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا يتم الرقبة لكل واحد من الشريكين وقوله ويؤدي المسلم الفطرة
اي صدقة الفطر عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عم ادوا عن كل حر وعبد ولقوله عم ادوا عن
كل حر وعبد ولقوله عم في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولان السبب قد تحقق وهو راس
يمونه بولايته عليه والمولى من اهله اي من اهل الوجوب لا يقال اضمار قبل الذكر لان الشهرة قائمة مقام الذكر وفيه خلاف الشافعي
لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله وهو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر ان النبي عم فرض صدقة الفطر على كل حر
وعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله عم ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وهم الموالي وكلمة على في حديث
ابن عمر بمعنى عن كما في قوله تع اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق اما عندنا فلان
لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يستدعي اهلية اداء العبادة والكافر ليس باهل
والوجوب عنده باعتبار تحمل الموالي الاداء عنه فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته
على من يصير العبد له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع وقوله معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال

الامام حميد الدين الضرير في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر على من له
الخيار لان سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية الكاملة لمن له الخيار لانه ان اجازه تم وان لم يجزه انفسخ وقال الشافعي على من له الملك
وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه اي لان صدقة الفطر بمعنى التصدق
من وظائف الملك وهو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها في مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف يعني سلمنا انها وظيفة الملك
لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبتني عليه
كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع بخلاف النفقة وانها وان كانت تبتني على الملك لكنها ثبتت للحاجة الناجزة اي الواقعة
في الحال فلا تقبل التوقف وهذا الجواب بطريق لا لجنب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه واولاده الصغار
وزكوة التجارة على هذا الخلاف يعني اذا كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على انه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكوته على من
يصير له الملك او على من له الخيار او على من له الملك لان العروض بدل العبد وحولان الحول على العبد كحولانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين الضرير
وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا وللآخر عرض يساويه في القيمة ومبدء حولهما على السواء ففي آخر الحول باع صاحب العرض عرضه من
الآخر بشرط الخيار له او للمشتري فان زاد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة
الزيادة شيء وان تقرر للمشتري يجب عليه ذلك ايضا عندنا

فصل في مقدار الواجب

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشروطه ومن يجب عليه
ومن يجب عنه شرع في بيان ما يؤدى به صدقة الفطر وقدره وكلامه واضح وقوله لحديث ابي سعيد الخدري روي عن مروان بن الحكم انه
كتب الى ابي سعيد الخدري يسأله عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله عم صاعا من الطعام او صاعا من التمر او صاعا
من الشعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة بن صعير وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون قال
ابو الحسن الكرخي لم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز اداء نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا وقوله ولهما في الزبيب اي
الزبيب والتمر يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاستحلاء فانه يشبه التمر من حيث انه حلو مأكول وله عجم كما للتمر نواة وقوله ومراده
اي مراد محمد او صاحب القدوري من قوله او دقيقها او سويقها ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكعينه والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق
والسويق القدر والقيمة احتياطا حتى اذا كان منصوصا عليهما يتادى باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي
نصف صاع من بر واما لو ادى منا او نصف من من دقيق البر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط وقوله
وان نص على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو هريرة ان النبي عم قال ادوا قبل خروجكم زكوة فطركم فان على كل مسلم
مدين من قمح او دقيقه وقوله ولم يبين ذلك في الكتاب اي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير
اعتبارا للغالب فان الغالب ان قيمة نصف صاع من البر وزيدان كان يتوهم ان لا يكون كذلك في بعض الاوقات وهو وقت
البذر فلذلك امر بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد من الدقيق الى ان يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز يعتبر فيه القيمة هو
الصحيح خلافا لبعض المتأخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين ثمن الخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو الاول لانه لم يرد في الخبز
نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا يعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر يبلغ قيمته قيمة نصف
صاع من بر او اكثر لم يجز لان في اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهو لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه
فانه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
لان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن
وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاه
الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد يكون الحنطة ثقيلة في الوزن وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الآثار
جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال وقوله والدقيق اولى من البر واضح [ornament] والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية
ارطال بالعراقي • اختلف العلماء في الصاع فقال ابو حنيفة ومحمد هو ما يسع فيه ثمانية ارطال بالرطل العراقي كل رطل عشرون استارا

استارا والاستار ستة دراهم وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عم صاعنا اصغر الصيعان
وهذا اصغر بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا ما روى انس وجابر انه عم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا
كان صاع عمر وكان قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمن على اهل العراق يقول في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي
الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع اهل العراق وقوله وهو اصغر جواب عن قول ابي يوسف يعني ان
ما رويتم فهو ليس بحجة لانه اصغر من الهاشمي لان الصاع الهاشمي اثنان وثلثون رطلا وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي عم استعمل
العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان وقوله ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط
فهو من تعلق المشروط بالشرط من تعلق الحكم بالسبب حتى اذا قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ووجب
على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الآخر
من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب عليه الفطرة عندنا وعنده لا يجب وقوله وعلى عكسه من مات فيها
من مماليكه او ولده اي عندنا لا يجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده يجب لتحقق شرط وجوبه
وهو غروب الشمس في اليوم الآخر من رمضان وهو حجة له انه اي وجوب الفطرة يختص بالفطر لما روي ان ابن عمر قال فرض
رسول الله عم زكوة الفطر من رمضان وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة
للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر يضاده الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه حرام الا يرى
ان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد به ما يضاد الصوم وقوله ويستحب ظاهر
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول حسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز
تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز تعجيلها
في النصف الاخير من رمضان لان بمضي النصف قرب الفطر الخاص فاخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير
من رمضان ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة وعن هذا قال
في الخلاصة لو ادى عن عشرين او اكثر جاز وقوله وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط يعني وان طالت المدة وكان
عليهم اخراجها وقال الحسن تسقط يعني بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط
بمضي ايام النحر ولنا ما ذكره ان وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة
الفقير او للاغناء عن المسألة فلا يتقدر وقت الاداء فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا يسقط بعد الوجوب الا بالاداء
كالزكوة بخلاف الاضحية فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص ايضا والله اعلم

كتاب الصوم

ذكر محمد في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلوة
لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكوة واخره عن الزكوة ههنا لانه كالوسيلة للصلوة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه
يتوقف تمام الصلوة عليه وجودا او جوازا كما كانت الطهارة كذلك فاخرها عنها حطا لرتبة الوسيلة عن المقصود وقيل
قدم الزكوة على الصوم لان الله تع قرن ذكر الزكوة بالصلوة في قوله اقيموا الصلوة واتوا الزكوة فكان الاقتداء بالكتاب اولى
كان اسهل ماخذا ويحتاج ههنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة
الى اكثرها والفطن يكتفي بذلك [ornament] الصوم ضربان واجب ونفل • ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في
النهاية ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا ينقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها عسر فاذا ذكر اقسامه سهل
امر تعريفها وكلامه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر واريد به الفرض والواجب وفي ذلك المحذور المعروف على
مذهبنا ويمكن ان يقال اراد بالواجب الثابت علينا فيندفع المحذور وقوله ولهذا يكفر جاحده بضم الياء وفتح الكاف
بلا تشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا يكفر اهل قبلتك اي لا تدعهم كفارا وقوله والنذر واجب لقوله تع وليوفوا

نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب بانه قد خص
من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المرضى وما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل
صلوة والنذر بالمعصية فلما خصت هذه المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعا كالاية المأولة وخبر الواحد وفيه نظر لان
من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا اولا ولان قوله تع فمن شهد منكم الشهر فليصمه
خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار ولم ينتف به عنه اثبات الفرضية واقول في الجواب عن الاول ان الامر
لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب فان كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا وان كان من
العبد يكون واجبا كما في المنذور فرقا بين ايجاب الرب وعبده ثم الامر الوارد من الشارع يكون لاداء ذلك وح لا يلزم ان يكون
ليفيد الفرضية كما افادها ليصمه لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني وقد قيل في الجواب عنه
ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان واصحاب الاعذار فلا يكونون داخلين فلا يكون ثمه تخصيص وسبب
الاول يعني الفرض الشهر لانه يضاف اليه والاضافة دليل السببية لما تقدم ويتكرر بتكرره فانه كلما دخل رمضان وجب
صومه وذلك ايضا دليل السببية وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة
لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا اداء وهو الليالي فصار كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار
وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية سواء وقد عرف ذلك في الاصول وقوله وسبب
الثاني اي المنذور المعين هو النذر وقوله والنية من شرطه اي من شرط الصوم بانواعه وقوله ونبينه اي نبين شرط
الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله
على النية المتأخرة المقترنة بالكثر واراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعيينه لله تع لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات
فكان ما ذكره تفسير النية كذا في بعض الشروح وقوله وجه قوله في الخلافية اي في المسئلة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه عندنا
خلافا للشافعي قوله عم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام وقوله ولانه فسد الجزء الاول ظاهر وقوله
لانه متجز عنده ذكر في الوجيز الغزالي يجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلو اول اليوم عن الاكل وروي
ان ابن شريح من اصحابه لم يشترط ذلك ولنا قوله عم بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل
فليصم وهذا لا يقبل التاويل وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينوانه بصوم من الليل يعني ان معنى قوله لا صيام لمن لم ينو
ان صيامه من الليل بل نوى ان صيامه من وقت النية قيل الصلاة اذا تعقبت فعلا وامكن تعلقها بكل واحد منهما فانها تتعلق بالفعل
دون المفعول كما يقال اتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمفعول كذلك هنا واجيب بانه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا
فيحمل عليه عملا بالمنصوص قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص واجيب بانه لا يحتمل ذلك ههنا لانه لو كان كذلك
لكان الاكل وعدمه سواء فلا فائدة في قوله ومن لم ياكل وقوله ولانه دليل معقول ويجوز تقريره على هذا الوجه سلمنا ان ما رواه ليس
بمحمول على شيء مما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فيصار الى ما بعده من الحجة وهو القياس وهو معنا لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكل ما
هو صوم يوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة بالكثر كالنفل وهذا اي توقف الامساك على ما ذكرنا لان الصوم ركن واحد
ممتد يحتمل العادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى ما يعينه للعبادة وهو النية فانها شرطت لتعيينه لله تع فان وجدت من اوله فلا كلام
وان وجدت في اكثره جعلت كانها وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح جهة الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من
المواضع لذلك واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطا بخلاف الصلوة والحج حيث يشترط اقتران النية
بحال الشروع فيهما ولا يجعل الاكثر كالكل لان لهما اركانا مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف فيشترط قرانها بالعقد
على ادائها لئلا يخلو بعض الاركان عن النية قوله بخلاف القضاء جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية المتأخرة
فيه جائزة كذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل ووجهه انما كان كذلك لانه اي الامساك توقف على صوم ذلك

ذلك اليوم وهو النفل والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بجي اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم
قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء الا قبل ان يقع منه وذلك انما يكون بنيته من الليل وقوله وبخلاف ما بعد الزوال جواب عما
يقال اذا كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهه ان الاصل ان يكون النية مقارنة بحالة
الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم توجد فيما بعد الزوال فترجحت جنبة الفوات وقوله ثم قال في
المختصر اي في مختصر القدوري اذا لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح ووجهه
ما ذكر في الكتاب وقوله ولا فرق بين المسافر والمقيم يعني في جواز النية قبل نصف النهار خلافا لزفر فانه يقول امساك المسافر في
اول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم ولنا ان المعنى لاجله جوز في حق المقيم
اقامة النية في اكثر وقت الاداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المسافر والمقيم وهذا الضرب من الصوم اراد
بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكر في اول الكتاب قوله يتادى بمطلق النية اي بان يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية
واجب آخر بان ينوي عن كفارة او غيرها قيل وهذا في صوم رمضان مستقيم فاما في النذر المعين فلا لانه يقع عما نوى من الواجب
اذا كانت النية من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره فخرج قول المص وهذا الضرب لا يبقى لا يبقى على اطلاقه واجاب شيخ
شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال موجب كلام المص ان يتادى المجموع بالمجموع فيطابق كلامه وجه صحته وقال الشافعي في نية
النفل عابث اي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه وقوله لانه
بنية النفل دليل على النفل اي انه بنية النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كاعراضه بترك النية فلا يكون له الفرض ومن
هذا يظهر وجه احد قوليه في مطلق النية لانه لم يصر معرضا بهذه النية فيجوز ووجه قوله الآخر ان صفة الفرضية قربة كاصل الصوم
فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة واذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم ضرورة ولنا ان الفرض متعين فيه لقوله عم اذا
انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان يصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه بان يقال
يا حيوان كما يقال باسم نوعه بان يقال يا انسان واسم علمه مثل ان يقال يا زيد لا يقال المتوحد في المكان انما ينال باسم جنسه اذا
كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله فكيف ينال باسم جنسه دفعا للتحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون
نية النفل او واجب آخر لان المتوحد في الدار ينال باسم غيره فان زيدا لا ينال باسم عمرو واجاب بقوله
واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان الوقت لا يقبلها فبقي الاصل اذ ليس من ضرورة
بطلان الوصف اذا لم يكن فصلا منوعا بطلان الاصل واصل الصوم جنسه وذلك كاف وموضعه اصول الفقه وقد قررناه في الانوار
والتقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة شرعت كيلا يلزم المعذور
مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم
لتحتمه للحال اذ القضاء لازم للحال فهو مواخذ به وبتركه في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا مات قبل
الادراك ليس عليه شيء وهذا الذي اختاره المص من التسوية بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلماء في تحقيق فخر الاسلام
وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح انه يقع صومه عن رمضان لان اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم
فاما عند القدرة فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب
الايضاح وكان بعض اصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح انهما يتساويان وهو قول الكرخي اختاره
المص وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة في نية التطوع من المسافر روايتان في رواية ابن سماعة يقع عن الفرض لما ذكر في الكتاب
انه ما صرف الوقت الى الاهم وهو اسقاط واجب عليه وانما قصد تحصيل الثواب وهو في الفرض اكثر وفي رواية الحسن يقع عما
نوى نفلا كان او واجبا فكذلك هذا واما المريض اذا نوى عن التطوع فان صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال البعض
قياس التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر ابي يوسف يوجب ان يكون في المريض جائزا عن التطوع والفرق

يتادى بالمجموع لا بالبعض لان البعض بالبعض والبعض ١٢

الثاني ما ثبت في الذمة المراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله الى
ما عليه كقضاء رمضان وصوم كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر
المطلق فاذا كان كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء وقوله والنفل كله يجوز بنية
قبل الزوال اى قبل انتصاف النهار سواء كان مسافرا او مقيما خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا من قوله عم لا صيام
لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا قوله عم كان يدخل على نسائه ويقول هل عندكن من غداء فان قلن لا قال انى اذا لصائم
وقوله ولان المشروع ظاهر وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك فى اوله على النية المتأخرة
المقترنة باكثره كالنفل وقوله ولو نوى بعد الزوال ظاهر مما تقدم وينبغى للناس ان يلتمسوا الهلال فى اليوم التاسع والعشرين
من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما وقال عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا اشار باصابعه وخنس ابهامه فى
الثالثة وقوله فان رأوه صاموا كلامه واضح وقوله ولا يصومون يوم الشك هو اليوم الذى يحتمل ان يكون آخر شعبان واول رمضان
لقوله عم لا يصام اليوم الذى يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وقوله وهذه المسئلة على وجوه ذكرها المص ثمه ووجه الحصر ان
من صام يوم الشك فاما ان يقطع فى النية او تردد فيها فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون فيما عليه او لا فان كان فيما عليه فاما ان
يكون فى الوقتى او غيره فالوقتى هو الوجه الاول وغيره هو الثانى وان كان فى غير ما عليه فهو الثالث وان كان الثانى فاما ان يكون التردد
فى اصل النية او فى وصفها فالاول الرابع والثانى الخامس وهذا اذا لم يفرق بين ما يكون بناء او ابتداء فى التطوع والواجب
الآخر واما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه والمص ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالاول
ان ينوى رمضان وهو مكروه لما روينا من قوله عم لا يصام اليوم الذى يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا لا يقال لا يصام صيغة
نفى وهو يقتضى عدم الجواز لانه بمعنى النهى ليتحقق حسا وهو يقتضى المشروعية على ما عرف ولانه تشبه باهل الكتاب يعنى فيما فيه نوع ذلك
يوجب الكراهة كما تقدم وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لانه فى معنى المظنون لم يقل لانه مظنون لان حقيقة المظنون ان يثبت له الظن
بعد وجوبه بيقين والحال انه قد اداه فشرع فيه على ظن انه لم يؤده ثم علم انه اداه واما ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة
الا ان فى كل واحد منهما الماشرع مسقطا للواجب عنده لا ملزما كان كل منهما فى معنى الآخر والثانى ان ينوى عن واجب آخر وهو مكروه
ايضا لما روينا من قوله عم لا يصام الحديث الا ان هذا دون الاول فى الكراهة لعدم استلزامه التشبه باهل الكتاب وقوله ثم
ان ظهر ظاهر وقوله لانه منهى عنه فيكون ناقصا وما فى ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص كالو صام يوم العيد عن واجب آخر
وقوله لان المنهى عنه وهو التقدم على رمضان اى بحديث ابى هريرة لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين
انما هو بصوم رمضان كما سنذكر وهو لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهى عنه وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل صوم
فان قيل فعلى هذا كان الواجب ان لا يكون صوم واجب آخر مكروها اجاب بقوله والكراهة ههنا لصورة النهى قال فى
النهاية الا انا اثبتنا الكراهة لتناول عموم نفى حديث آخر وهو قوله لا يصام اليوم الذى يشك فيه الحديث وقال غيره من
الشارحين لصورة النهى لا لحقيقة النهى لان النهى ورد فى التقدم بصوم رمضان الا انه لما كان مثل صوم رمضان فى الفرضية
اثبتنا فيه نوع كراهة والثالث ان ينوى التطوع وهو غير مكروه لما روينا من قوله عم الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعى
فى قوله يكره على سبيل الابتداء بان لا يكون موافقا لصوم كان يصومه فى ذلك اليوم واستدل على ذلك بقوله عم لا تتقدموا رمضان
بصوم يوم ولا بصوم يومين الا ان يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك الصوم وهذا نص على الجواز بنا واجاب المص
بقوله والمراد بقوله عم لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه
وفى ذلك تقديم الحكم على السبب وهو باطل والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت للتطوع لا للصوم الشهر فلا يتصور التقدم
بالتطوع فان قيل صوم رمضان هو ما يقع فيه اجيب بان معناه ان ينوى الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال شيئا لا قدم
صلوة الظهر على وقته فان معناه نواها قبل دخول وقتها فان قيل فما فائدة قوله عم يوم او يومين وحكم الاكثر كذلك

كذلك اجيب بان يوما ويومين ما وصل الى حد الكثرة فيجوز ان يتوهم بان القليل معفو فيجوز كما فى كثير من الاحكام فنفى ذلك وقوله
ثم ان وافق صوما ظاهر وقوله وان افرده يعنى لم يوافق صوما يصومه قال محمد بن سلمة الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهى وقال نصر بن
يحيى الصوم افضل اقتداء بعلى وعائشة فانهما كانا يصومان ويقولان لان نصوم يوما من شعبان احب الينا ان نفطر يوما من رمضان
والمختار ان يصوم المفتى بنفسه احتياطا عن وقوع الفطر فى رمضان ويفتى العامة بالتلوم اى الانتظار الى وقت الزوال ثم
بالافطار نفيا للتهمة اى تهمة الروافض ذكر فى الفوائد الظهيرية لا خلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام اليوم الذى يشك
فيه انه من رمضان عن رمضان وقيل معناه لو افتى للعامة باداء النفل فيه عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله عم حيث
نهى عن صوم يوم الشك وهو اطلقه فيتهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة والرابع ان يضجع فى اصل النية التضجيع فى
النية الترديد فيها وكلامه ظاهر والخامس ان يضجع وصف النية وقوله بين امرين مكروهين وهما صوم رمضان وواجب
آخر فى هذا اليوم الا ان كراهة احدهما وهو نية صوم رمضان اشد من الآخر وقوله ثم ظهر ظاهر وقوله لشروعه فيه مسقطا
يعنى لا ملزما لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذا لو
وان نوى عن رمضان ظاهر وقوله لما مر اشارة الى قوله لعدم التردد فى اصل النية وقوله ومن راى هلال رمضان وحده صام
وهل يقبلها اولا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من المصر لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة
والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فترجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بعذر كما فى المريض والمسافر وصوم
رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار فكان المصير الى ما يجوز بعذر اولى وقيد بقوله والسماء مصحية وهو من المصر
لانها لو كانت متغيمة او جاء من خارج المصر يقبل شهادته على ما نذكر ولنا ان القاضى رد شهادته بدليل شرعى وهو تهمة الغلط
فانها تطلق القضاء بردها شرعا كما فى شهادة الفاسق وهى ههنا متمكنة لانه لما ساوى غيره فى النظر ظاهرا والمنظر وحدة البصر وقرب
المرئى وبعد المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس فيكون غالطا فيورث شبهة عدم الرؤية وهذه
الكفارة تندرئ بالشبهات لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا يجرى فيها التداخل ولا يجب على المعذور والخاطئ على ما عرف
فى الاصول ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشائخ فيه اى فى وجوب الكفارة فمن نظر الى ان المورث للشبهة
وهو المذكور فى الكتاب رد القاضى شهادته قال بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها وتحقق الرمضانية لتيقنه بالرؤية ومن نظر
الى ان يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله عم صومكم يوم يصومون الناس الحديث وليس ما نحن فيه من اليوم يوم يصوم
الناس فيه لانه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اداء ولا قضاء فكان يوم الفطر فى حق الناس كافة لعدم التجزى وهذا يقتضى ان لا يجب
عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر فى حقه حقيقة وعارضه نص آخر وهو قوله عم صوموا لرؤيته اورث شبهة الاباحة فيما يندرئ
بالشبهات قال بعدم وجوبها ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط لجواز وقوع الغلط
لما روى ان عمر خرج فى الناس يتفقدون الهلال فقال واحد الهلال يا امير المؤمنين فامر عمر ان يمسح وجهه بالماء ثم قال له اين الهلال
قال فقدته فقال عمر لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالا والاحتياط بعد ذلك فى تأخير الافطار ولو افطر بعد
الثلثين لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التى عنده وعملا بقوله عم وفطركم يوم تفطرون واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد
العدل فى رؤية الهلال كلامه ظاهر وانما قال غير مقبول لم يقل مردود لان حكمه التوقف قال الله تع ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا
وقوله وفى اطلاق جواب الكتاب يعنى القدورى وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود فى القذف بعد
التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر اى ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة وعن ابى حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة من وجه
من حيث ان وجوب العمل به انما كان بعد قضاء القاضى ومن حيث اختصاصه بمجلس القاضى ومن اشتراط العدالة وكان الاصح
فى احد شطريه المثنى والحجة عليه ما ذكرنا يعنى قوله لانه امر دينى وقد صح ان النبى عم قبل شهادة الواحد فى هلال رمضان قال ابن
عباس جاء اعرابى الى النبى عم فقال انى رايت الهلال يعنى هلال رمضان فقال اتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان

محمد ارسول الله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس ليصوموا غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلثين
يوما يعني ولم يروا الهلال لا يفطرون وهذا مبني على ما روي عن محمد ما تقرر ان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب
وقوله كاستحقاق الارث بناء على النسب انما يصح على قولهما دون قول ابي حنيفة وقوله واذا لم يكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق
بين اهل المصر اي لا فرق في عدم القبول اذا لم يكن في السماء علة بين اهل المصر ومن ورد من خارج وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة
الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه اي الى ما ذكره الطحاوي الاشارة في كتاب الاستحسان ولفظه فان كان الذي
شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم يقبل شهادته ووجه الاشارة ان التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر
ونفي العلة في عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها اذا كان الشاهد خارج المصر او كان في السماء علة وكذا اذا كان في مكان مرتفع في
المصر يقبل وقوله ومن راى هلال الفطر واضح وكذا قوله واذا كان بالسماء علة وقوله وهو الاصح احتراز عما يروى في النوادر عن ابي
حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به امر ديني وهو ظهور وقت الحج وقوله لانه تعلق به نفع العباد دليل الاصح وقوله وان لم
يكن بالسماء علة يعني في هلال الفطر وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة الخ وقوله ووقت الصوم
من حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة لاول طلوعه وقيل لاستنارته وانتشاره قال شمس الائمة الحلواني الاول احوط والثاني
ارفق وقوله والخيطان يعني ان الخيط الابيض اول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير اي المنتشر المعترض في الافق كالخيط
الممدود والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب ذنب السرحان شبههما بخيطين ابيض واسود
وموصفه علم البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود لان البيان في احدهما بيان في الاخر وقوله
والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية قيل هو منقوض طردا وعكسا فبأكل الناسي فان صومه باق
والامساك فائت واما طردا فبمن اكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما ان النهار اسم لزمان هو مع الشمس وكذلك في الحائض و
والنفساء فان هذا المجموع موجود والصوم فائت اجيب عن الاول بمنع فوت الامساك لان المراد به الامساك الشرعي وهو موجود
وعن الثاني بان المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم بالنص وهو قوله تع وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض وعن الحائض
بان الحائض خرجت عن اهلية الاداء شرعا وقوله والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة منهما عدمهما الا ان يكون
المراد بهما الاغتسال

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان انواع
الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم فناسب ان يذكر مؤخرا واذا اكل الصائم او شرب
او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشيء معلوم له لاستحالة وجود الضدين
معا فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك
قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تع ثم اتموا الصيام فان الصيام امساك وقد فات فالاية تدل على بطلانه لان
ركن الشيء يستلزم انتفاءه لا محالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان في الكتاب دلالة على ان النسيان
معفو عنه لقوله تع ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطانا فكان الحديث موافقا للكتاب فنعمل به ونحمل قوله تع ثم اتموا الصيام
على حالة انتفاء الاتمام عمدا لان الاتمام فعل اختياري فيكون ضده المفوت له كذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته
فان قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجيب بقوله واذا ثبت
هذا في الاكل والشرب يثبت في الوقاع للاستواء في الركنية يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منهما نظير الاخر وكون
الكف عن كل منها ركنا في باب الصوم وقوله بخلاف الصلوة جواب عن قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وهو واضح وكذا
قوله ولا فرق بين الفرض والنفل وقوله ولو كان مخطئا بان كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبق الماء فدخل حلقه
او مكرها فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون الخاطي فاذا كان فعل
القاصد معفوا ففعل غير القاصد اولى ولنا انه لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق

الالحاق بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان فان النسيان غالب الوجود والخطا والاكراه ليس كذلك ولان النسيان من قبل صاحب
الحق بخلاف غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان المقيد اذا صلى قاعدا بعذر القيد قضى بخلاف المريض فان نام فاحتلم
لم يفطر لقوله عم ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه اما الاول فلعدم
ايلاج الفرج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني مس الرجل المراة وكذا اذا نظر الى وجه امراة او فرجها
فامنى اي انزل المني لا يفطر لما بينا انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار كالمتفكر في امراة حسناء اذا امنى وكالمستمني بالكف
يعني اذا عالج ذكره بيده حتى امنى لم يفطر على ما قالوا اي المشايخ وهو قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم لعدم الجماع صورة ومعنى
وعامتهم على انه يفسد صومه قال المصنف في التجنيس الصائم اذا عالج ذكره حتى امنى يجب عليه القضاء هو المختار لانه وجد الجماع
معنى فقيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو
قضاء الشهوة وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله عم ناكح اليد ملعون وان اراد تسكين ما به من الشهوة ارجو ان
لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم المنافي وقوله لما روينا يعني قوله عم ثلث لا يفطرن الصائم ولو اكتحل لم يفطر
وان وجد طعمه في حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ كما وجد في حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه فان قيل لو لم يكن بينهما
منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع يترشح كالعرق يعني انه داخل من المسام والداخل منها لا ينافي كما اذا اغتسل
بالماء البارد فوجد برودة الماء في كبده فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روى معبد بن هوذة الانصاري
عن النبي عم انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم اجيب بان النبي عم ندب الى صوم عاشورا والاكتحال
فيه وقد اجمعت الامة على الاكتحال يوم عاشورا فهو راجح على الاول ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى على ما
ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما تثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وان لم ينزل لان حكمهما ادير على السبب تثبت
بسبب الجماع كما تثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح لان مبناهما على الاحتياط اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة
او معنى لا بسببه حتى لم يفسد بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم وقوله على ما بينا
في موضعه اي في باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء الشهوة بالمباشرة
ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات
كالحدود وهذا لان الكفارة اعلاما عقوبة المفطر لا فطاره فلا يعاقب بها الا بعد بلوغ الجناية نهايتها لان ههنا جناية من حيث ما
ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى وقوله ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول
محمد فقال بعضهم اراد به الامن عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن من خروج المني وقوله ويكره اذا لم يامن واضح
وقوله والشافعي اطلق فيه في الحالين اي في جواز القبلة في حال الامن على نفسه وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لان عينها
ليس بمفطر الخ والمباشرة الفاحشة وهي ان يعانقها متجردين ويمس ظاهره فرجه ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية
يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه كره المباشرة الفاحشة للصائم لانه
قل ما يخلو عن الفتنة وقوله واختلفوا يعني المشايخ في المطر فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على
العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا اواه خيمة او سقف
ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر
حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو اكل القليل من خارج افطر على ما يذكر فكذا اذا اكل من فمه ولنا ان القليل تابع لاسنانه
لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان فكان الاحتراز
عنه ممكنا والفاصل مقدار الحمصة فهو كثير وما دونه قليل بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فانه الفاصل بين القليل والكثير
وهو داخل في القليل لانه اخذ من قدر موضع الاستنجاء وذلك القدر في الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض الاستنجاء والمني

في اقامة سنة الاستنجا بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجا ايضا قياسا عليه واما ههنا فقدر
الحمصة لا يبقى في فرج الاسنان غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كثيرا وقوله وان اخرجه واخذه بيده طاهر وقوله لانه طعام متغير فصار
كاللحم المنتن ولابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب ❀ فان ذرعه القيء ❀ ذرعه القيء سبق الى فيه
وغلبه فخرج وهو لا يفسد الصوم لقوله عم من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث وقاء واستقاء ممدود ان فقال
فاما اكل اذا القاه واستقاء وتقيا تكلف في ذلك وكلامه واضح الا مواضع ننبه عليها قوله يستوي فيه اي في القيء الذي ذرعه وقوله
فلو عاد يعني ما ذرعه وقوله عند محمد لا يفسد قيل وهو الصحيح لانه كما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفوا وقوله لانه
غير خارج تعليل ابي يوسف وقوله ولا صنع له في الادخال تعليل محمد وقوله وان استقاء عمدا يشير الى انه لو استقاء ناسيا لصومه لا
يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم ومن استقاء عمدا فعليه القضاء وقوله فعنه اي عن ابي يوسف رح
وقوله لما ذكرنا يريد به عدم الخروج وعنه اي عن ابي يوسف وقوله لكثرة الصنع وهو صنع الاستقاء وصنع الاعادة ومن ابتلع
الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر بايصال الشيء الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى الفطر وقد تقدم ان الكفارة اقصى عقوبة في
الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لان في منتهاها شبهة العدم وهي تندري بالشبهات وقال مالك تجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل
من هو كذلك يجب عليه عنده وقوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا بالاغتسال يعني انه اذا ادخل ولم ينزل وجب عليه الغسل
فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندري بالشبهات وانتفا معنى الجماع وهو قضا الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط
فقياس احدهما على الآخر لا يكون صحيحا فالجواب انا نمنع انتفا معنى الجماع لان قضا الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال شبع وليس
بشرط الا يرى ان من اكل لقمة وجب عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا اشار بقوله وهذا لان قضا الشهوة يتحقق دونه ولو جامع
في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل
جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي تندري بالشبهات وهذه عقوبة تندري بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليهما الكفارة وهو الاصح
لانها جناية متكاملة لقضا الشهوة اي يدعي ابو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة
ولا يلزم من انتفا ما هو عقوبة كاملة انتفا ما فيه معنى العقوبة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فان انزل فعليه القضا لانه فات
صورة الكف فصار كالجماع فيما دون الفرج وقال الشافعي وجبت عليه الكفارة لان السبب للكفارة عنده الجماع المعدوم للصوم
وقد وجد ولنا ان الكفارة تعتمد الجناية الكاملة وتكاملها بقضا الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد الا يرى ان الطباع السليمة
تنفر عنها فان حصل به قضا الشهوة فذلك لغلبة الشبق او لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضا شهوته بيده لا يتم جناية في ايجاب الكفارة
فكذا هذا وقوله اعتبارا بالاغتسال والمعنى ان هذه مؤنة اوقعها الزوج فيها فيتحملها عنها كثمن ماء الاغتسال ولنا قوله عم من افطر
في نهار رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث كالذكور قال الله تع ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة جناية
افساد الصوم لا نفس الوقاع لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن قوله الاول وقوله
ولا تحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل عن قوله الثاني ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضا والكفارة
وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي
جاء الى رسول الله عم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك اوجب النبي عم الكفارة فعلم انها ثبتت على خلاف
القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وهو الافطار صورة
بايصال شيء الى الجوف ومعنى بقضا الشهوة لما روى ابو هريرة عن النبي عم من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ولم يبين
المفطر ولما روي ان رجلا سال فقال يا رسول الله افطرت في رمضان فقال عم من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة
ولم يسأله عما افطر به فدل على ان الحكم لا يختلف الا يرى انه سأل عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالافطار
على وجه الكمال قد تحققت فان قيل ما ذكرتم يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومدعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين

بين الدليل والمدلول اجيب بان المقصود الاصلي هو ذلك واما وجوب الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول
على وجه خاص ونحن ننفيه وعورض بان الكفارة بنفس الوقاع لان النبي عم ما الزم الكفارة الا في مقابلة ما سئل عنه من الوقاع
والجواب ان تعلقها به اما ان يكون من حيث انه وقاع او من حيث انه وقاع في نهار رمضان فان كان الاول فليس الاول
بجناية فلا يستلزمها وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لانه جناية بالافطار على وجه الكمال بجهة خاصة واذا كان غيره في
معناه الحق به دلالة لا قياسا وتمام تقريره مذكور في التقرير وقوله وبايجاب الاعتاق تكفيرا جواب عن قول الشافعي لارتفاع
الذنب بالتوبة وتقريره لا نسلم ان هذه الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع لما اوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم انها غير
مكفرة لها كجناية السرقة والزنا حيث لا ترتفعان بمجرد التوبة بل بالحد وقوله والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا يعني من حديث
ابي هريرة ولحديث الاعرابي وهو مشهور ظاهر وقوله بنفي قد تقدم معناه وقوله وهو اي حديث الاعرابي حجة على الشافعي
في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وهو واضح وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه بقوله صم شهرين متتابعين قال في النهاية ما معناه
ان نسبة التخيير الى الشافعي ونفي التتابع الى مالك سهو لان الشافعي يقول بالترتيب كما نقول دل على ذلك كتبهم وكتب اصحابنا والقائل بعدم
التتابع هو ابن ابي ليلى احتج القائل بالتخيير بحديث سعد بن ابي وقاص ان رجلا سال رسول الله عم فقال اني افطرت رمضان
فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث فيحمل على ان المراد
به بيان ما به تتادى الكفارة في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على القضا وما رويناه حجة عليه لان القياس
في مقابلة النص فاسد ❀ ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضا ❀ اراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ
والتبطين والجماع فيه جماع معنى فاوجب القضا وليس ثمه صورة فلا كفارة عليه وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة
لان الكفارة في افطار صومه وجبت بالنص على خلاف القياس فلا قياس وليس غيره في معناه لان الافطار في رمضان ابلغ في
الجناية لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين لذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة
في الحج حيث يستوي فيهما الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء ومن احتقن او استعط اي استعمل الدوا بالحقنة او
السعوط وهو الدوا الذي يصب في الانف وهما على بنا الفاعل واقطر في اذنيه على بنا المفعول قال صاحب النهاية كذا وجدت بخط
شيخي افطر لقوله عم الفطر مما دخل وكلامه واضح وقوله وان داوى جائفة او آمة الجائفة اسم لجراحة وصلت الى الجوف والآمة اسم
لجراحة وصلت الى الدماغ والذي يصل هو الرطب وانما قيد بالرطب لان في ظاهر الرواية فرق بين الدوا الرطب واليابس
واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدوا اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى جوفه
لا يفسد صومه عنده الا انه ذكر اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس انما يستعمل في الجراحة لاستمساك راسها به فلا يتعدى الى
الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلا فرق بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول
محمد مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة وذكر الطحاوي في مختصره مع ابي يوسف وقال ابو سليمان الجرجاني في الاصل
ما ذكر قوله مع ابي حنيفة ثم ان محمدا شك في ذلك فوقف وما ذكره لكل واحد من الجانبين ظاهر وانما توقف محمد لانه شك في وجود
المنفذ من الاحليل الى الجوف وتكلموا في الاقطار في اقبال النسا فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل هو شبيه الحقنة فيفسد الصوم
بلا خلاف قيل وهو الاصح وقوله ومن ذاق شيئا بفمه الذوق بالفم بقوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان وادراك
الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله الى العصب وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا
صورة ولا معنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد بسبيل التسبب لان الجاذبة قوية اذا كان صائما فلا يأمن ان تجذب منه
شيئا الى الباطن وقوله لما بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك لا يفطر اطلق محمد في الكتاب وهو يدل على ان الكل واحد
والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره الشارح وقوله الا انه يكره استثناء من قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله ولانه متهم بالافطار
يعني ان من يراه يتهمه يتوهم انه ياكل شيئا فيتهمه وقد قال رضع اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره

وقوله ويكره ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المباحات لا توصف بهما قال ولا باس بالكحل ودهن الشارب
يجوز ان يكون الفاهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن راسه دهنا اذا طلاه بالدهن ويجوز ان يكون مضموما ويكون
معناه ولا باس باستعمال الكحل والدهن فان قيل ما وجه تكرير مسئلة الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالكحل ثم قال ولا باس
بالاكتحال اجيب بان الاول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع الفتاوى ولكل منها فائدة
فاما فائدة الاول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون مكروها بل يجوز ان يكون مكروها ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه
شيئا فبالثاني نفي ذلك ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك فاعلم بالثالث انهما لا يفترقان اذا لم يكن قصد الرجل
الزينة وقوله لانه يعمل عمل الخضاب يعني بالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روي ان رسول
الله عم كان ياخذ من اللحية من طولها وعرضها اورده ابو عيسى في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر ابو حنيفة
في اثاره عن عبد الله بن عمر ان عبد الله بن عمر كان يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم
وقوله ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر محمد في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك الرطب
ولم يذكر ان رطوبته بالماء او بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار ولا ذكر انه بله بريقه او بالماء للصائم في الفريضة فكان تغيرا
لما ذكر في الاصل ويدل على الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المص لا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول
بالماء لقوله عم خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطبين وبين الغداة والعشي وينتفي به ما قال ابو يوسف
ان الرطب بالماء مكروه لما فيه من ادخال الماء في الفم وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك
ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي يكره بالعشي لان فيه ازالة اثر المحمود وهو الخلوف قال عم فيما
يحكيه عن ربه عز وجل الصوم لي وانا اجزي به ولخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك وما يكون محمودا عند الله
فسبيله الابقاء كما في دم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه اذا تغيرت رائحته لعدم الاكل بالفم لا غير قلنا سواك العبادة
فاللائق به الاخفاء عن الريا بخلاف دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج الى الانتصاف من خصمه فلا بد من الاستبقاء وقوله
لما روينا يعني قوله عم خير خلال الصائم السواك فصل لما ذكر مسائل الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار
في الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يزداد بالصوم والى ما يخف به
وما يخف به لا يكون مرخصا لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل في الباب وهو المشقة فمعرفة
ذلك اما ان يكون باجتهاده بان يعلم من نفسه ان حماه زاد شدة وعينه وجعا واما بقول طبيب حاذق مسلم والشافعي اعتبر
خوف الهلاك او فوات العضو كما في التيمم واما السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافرا لا يضره
الصوم فالصوم افضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسئلة في كتب اصحابنا على خلاف ما وقع في كتب اصحاب الشافعي
فان الغزالي ذكر ان الصوم احب من الافطار في السفر لبراءة ذمته استدل الشافعي بقوله عم ليس من البر الصيام في السفر رواه
جابر بن عبد الله قال كان رسول الله في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صائم فقال ليس من البر الحديث
ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان عدة من ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوي الاصل بحال
وما رواه محمول على حالة الجهد بفتح الجيم اي المشقة على ما ذكرنا في سببه انفا وقوله ولو صح المريض ظاهر وقوله وفائدته اي فائدة
لزوم القضا وجوب الوصية بالاطعام بقدر الصحة والاقامة فاذا اوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب في صدقة
الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط في حكم الدنيا وذكر الطحاوي فيه اي في وجوب
الوصية خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد فقال ولو زال عنه العذر وقدر على قضا البعض دون البعض فانه ينظر ان
قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضا ما بقي لانه لم يدرك من وقت قضائه الا قدر ما قضى وان لم يقض فيما قدر عليه
قضا الكل في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان ما قدر يصلح فيه قضا اليوم الاول والذي بعده وهلم جرا فلما قدر على قضا البعض

البعض فكانه قدر على قضا الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تعين انه لا يصلح فيه قضا يوم اخر وقال محمد لا يلزمه
القضا الا مقدار ما قدر عليه لانه ما ادرك الا ذلك فلم يلزمه غيره قال المص وليس بصحيح يعني ان الصحيح ان قولهما كقول محمد وانما
الخلاف في النذر وهو ان يقول المريض لله علي ان اصوم شهرا فان مات قبل ان يصح لم يلزمه شيء وان صح يوما واحدا لزمه ان
يوصي بجميع الشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لزمه بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تع فصار كقضا
رمضان والفرق لهما بين قضا رمضان والنذر ما ذكره في الكتاب ان النذر سبب وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة
في التزام ادائه قد زال بالبرء واذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة وصار كصحيح نذر ثم مات قبل الاداء
واذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الادا يصار الى الخلف وهو الفدية وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة وادراكها لم يتحقق بكماله
بل بعضها تحقق فيقدر بقدره وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضا يجب بما يجب به الادا عند المحققين وسبب الادا
شهود الشهر فكذا سبب القضا والثاني ان جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب اثر في بعض الحكم والجواب
عن الاول ان ذلك ليس مما يتعلق بنفس الوجوب بل فيما يتعلق به تسليم الواجب او مثله وهو الخطاب وهذا من مزال الاقدام
فلا تغفل وعن الثاني بان جزء السبب لا يجوز ان يؤثر في كل الحكم والا كان هو العلة فما فرضناه جزءا لا يكون جزءا هذا خلف باطل
واما ان يكون جزء السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه الا يرى ان بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسيئة وباحدهما يحرم
النسيئة وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفى قال وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه الصوم المذكور في كتاب الله ثمانية
اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار اما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار واليمين عندنا واما غيره
فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد اما صوم رمضان فلا كلام لاحد في وجوب التتابع فيه واما غيره فقد
ضبط المشايخ بان كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه واجبا وما لا فلا فيكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص
مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضاء يحكي الاداء والتتابع واجب في الاداء فكان مغنيا عن تقييد نص
القضاء والثاني ان ابي بن كعب قرا فعدة من ايام اخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود في كفارة
اليمين والجواب عن الاول ان الامر لو كان على ما ذكرتم لما قال عم لمن سال عن تقطيع قضاء رمضان ذلك اليك ارايت
لو كان على احدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضاء قال نعم قال فالله احق ان يعفو ويغفر فانه عم كان اعلم بذلك
وعن الثاني ما قيل ان قراءة ابي لم تشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود فكان كخبر الواحد لا يزاد به على كتاب الله تع وقوله
لكن المستحب المتابعة اي التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر القضاء حتى دخل رمضان اخر صام الثاني لانه
في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه خلافا للشافعي فانه يوجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين
ويروى ذلك عن ابن عمر رضي ويقول القضاء يتوقت بما بين رمضانين مستندا لما روي عن عائشة انها كانت
تؤخر قضاء ايام الحيض الى شعبان وهذا بيان منها لاخر وقت ما يجوز التاخير اليه ثم يجعل تاخير القضاء عن وقته كتاخير
الاداء عن وقته وتاخير الاداء لا ينفك عن موجب فكذا تاخير القضاء وهذا كما ترى ليس فيه ما تقول عليه لان تاخيرها القضاء
الى شعبان قد يكون اتفاقيا ولو سلم ذلك فايجاب الفدية لا اصل له لانه لا فدية في الشرع على القادر على الاصل والتاخير لم يثبت
العجز ولنا ان الله تع امر بالقضاء مطلقا والامر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي ولهذا التطوع جاز بالاتفاق
ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود وقوله والحامل والمرضع قال في الذخيرة المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام
لا تفطر اذا كان للولد اب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع وقال شيخ شيخي عبد العزيز ينبغي ان يشترط يسار الاب
او عدم اخذ الولد ضرع غير الام وقوله لانه افطار بعذر قيل نعم هو عذر ولكن لا في نفس الصائم بل لاجل غيره ومثله
لا يعتد به الا يرى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابنه او ابيه لم يحل له الشرب واجيب بان الحامل والمرضع مامورة بصيانة
الولد مقصودة وهو لا يتاتى بدون الافطار عند الخوف فكانت مامورة بالافطار والامر بالافطار مع الكفارة التي تنافيه

على الوجوب عن الافطار ولا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس كل احد مامورا قصدا بصيانة غيره بل نشا الامر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الامر قصدا وضمنا وقوله فيما اذا خافت على الولد يعني اذا خافت الحامل او المرضع على نفسهما لا تجب الفدية بالاتفاق واذا خافت على ولدها افطرت ووجب القضاء والفدية على اصح اقواله عندهم وهو يعتبره بالشيخ الفاني فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيجب الفدية كفطر الشيخ الفاني ولان فيه منفعة لنفسها وولدها فبالنظر الى نفسها يجب القضاء وبالنظر الى منفعة ولدها يجب الفدية ولنا انّ الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لان الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا الا يرى انه لو كان له مال لم يجب على ماله ولم يتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا وقوله والشيخ الفاني وصف بما يبين المراد به بقوله الذي لا يقدر على الصيام وسمي فانيا اما لقربه الى الفنا او لانه فنيت قوته ووجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب وهو شهود الشهر يتناوله حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضاء كالمرض والسفر فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم والاصل فيه قوله تع وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تع يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روي عن الشعبي انه قال لما نزل قوله تع وعلى الذين يطيقونه كان الاغنياء يفطرون ويفدون والفقراء يصومون بناء على ان في بدء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخت بعد ذلك بقوله تع فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال اجيب بان الآية ان وردت في الشيخ الفاني كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت في التخيير فكذلك لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم فبقي الشيخ الفاني على حاله كما كان وقوله ولو قدر على الصوم يعني بعد ما فدى بطل حكم الفداء وصار كان لم يكن ووجب عليه الصوم فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا تبطل الخلف كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل المقصود وهو تفريغ الذمة عما وجب عليه اجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هي قبل حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت الى موته واليه اشار بقوله لان الخلفية استمرار العجز وقوله ومن مات وعليه قضاء رمضان اي قريب منه لان الايصاء بعد الموت غير متصور وقوله لانه عجز عن الاداء في آخر عمره استعمل الاداء في موضع القضاء بحيث لا يرجى في معنى الشيخ الفاني فيلحق به دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت الزم ثم لا بد من الايصاء لالزام الوارث فاذا لم يوص فللوارث ان يخرجه ولا يلزمه واذا اوصى اخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر عندنا خلافا للشافعي في جميع ذلك اما خلافه في المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد واما في الباقيين فلان بقية هذا الدين بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالي يجري فيه النيابة وكان ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذا هذا ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء لان الصوم فعل مكلف به وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كانه سقط في حق الدنيا فكانت الوصية باداء الفدية تبرعا بخلاف دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود ثمه هو المال والفعل غير مقصود لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكوة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال انها في الآخرة تنوب عن الواجب على الميت والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ فان النص الوارد بالفداء في الصوم غير معقول المعنى فالقياس ان يقتصر عليه لكن النص الوارد فيه يجوز ان يكون معلولا بعلة مشتركة بينه وبين الصلوة وان كنا لا نعقله والصلوة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفداء فيها احتياطا وموضعه الاصول وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله محمد بن مقاتل اولا انه يطعم عنه لصلوة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلوة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولي احتراز عن قول الشافعي فانه يجوز ذلك في قول استدلالا بما روي عن عائشة عن النبي عم انه قال من مات وعليه الصيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث ابن عمر لا يصوم احد عن احد وتاويل حديث عائشة فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام ان اوصى بذلك وقوله ومن دخل في صوم التطوع ذكرناه في

في فصل القراءة من كتاب الصلوة وقوله ثم عندنا كانه بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه القضاء واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضاء وقوله والضيافة عذر يعني على الاظهر وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعذر لما روي ان رسول الله عم قال اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي عنه عم انه كان في ضيافة رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال اني صائم فقال عم انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره ولا يتاذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتاذى يفطر ويقضي وقال في الذخيرة هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في ترك الافطار عقوق الوالدين او احدهما وقوله واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر الاصل في هذا ان كل من صار في آخر النهار بصفة لو كان عليها في اول النهار لزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء تطهر بعد طلوع الفجر او معه والمجنون يفيق والمريض يبرء والمسافر يقدم بعد الزوال والاكل والمفطر عمدا او خطا او مكرها او اكل يوم الشك ثم تبين انه من رمضان او افطر على ظن غروب الشمس او تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو على قول بعض المشايخ وهو اختيار المصنف على ما نذكره عند قوله اذا قدم المسافر وطهرت الحائض وقال الشيخ الامام الصفار والصحيح انه الايجاب لان محمدا ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه واللام للوجوب وقال في الحائض اذا طهرت في بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا امر ايضا وقال بعضهم هو على الاستحباب ذكره محمد بن شجاع لانه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقال ابو حنيفة في الحائض طهرت في بعض النهار لا يحسن لها ان تشرب وتاكل والناس صيام واجيب عن الثاني بان هذا الامساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة لا يحسن يقبح منها وترك القبيح شرعا من الواجبات وقوله ولو افطرا فيه اي فيما بقي من يومهما لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب بل الامساك هو الواجب ولا قضاء الا للصوم وصاما ما بعده من الايام لتحقق السبب وهو شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار وانما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما وقوله ولا ما مضى اي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام لعدم الخطاب لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفاء الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب القضاء فان المجنون اذا افاق في يوم رمضان قبل الزوال والاكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ولو افطر وجب عليه القضاء مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بانا لا نسلم ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب وقوله وهذا اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي او اسلم الكافر بخلاف الصلوة حيث يجب قضاؤها اذا بلغ او اسلم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضاء لما ذكره فيه وهو نظير من اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال ان يصوم اجزأه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا تمنع نية الصوم قبل الزوال وكذلك الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وخلله ظاهر لان فيه مساواة الاهل بغير الاهل ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بين من له الاهلية وفاقدها واكثر المشايخ على التفرقة بينهما في النفل ايضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح والكافر اذا اسلم وفعل ذلك لم يصح وذكر في الجامع الصغير انهما في صحة نية التطوع سواء فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض وقوله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزأه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه ولا صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني المسافر الذي نوى الافطار فعليه ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر في وقت النية لان فرض المسالة فيما اذا قدم قبل انتصاف النهار قيل في كلام المصنف تكرار لان المسالتين كلتيهما في قدوم المصر في رمضان قبل الزوال واجيب بان المسالة الاولى في غير رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب يأباه لانه لا يليق

فی غیر الفرض واجیب بان معناه لاینافی اهلیة الثبوت وفیه بعد وبان معناه المعنی اللغوی لا المصطلح والصوم هو ان یکون
نذرا معینا وصورته لو نوی المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل انتصاف النهار فنذر ان یصوم ذلک الیوم ونواه اجزاه فکانت
الاولی فی غیر رمضان والثانیة فیه فلا تکرار وقوله فهذا اولی قیل فی وجه الاولویة ان المرخص وهو السفر قائم وقت الافطار فی تلک
المسئلة ومع ذلک لم یبح له الافطار فلان لایباح فی هذه المسئلة وهو لیس بقائم فیه اولی وقوله فی المسئلتین یعنی مسافر اقام ومقیما
سافر فصل ومن اغمی علیه فی رمضان الاغما اما ان یکون مستغرقا او لا والثانی اما ان یحدث فی اول اللیلة او فی غیرها سواء
کان لیلا او نهارا لایقضی صوم ذلک النهار الذی حصل فیه او فی لیلة الاغما وکذا اذا کان فی اول اللیلة لان الامساک موجود لا محالة
وکذا النیة ظاهرا لان ظاهر حال المسلم فی لیالی رمضان عدم الخلو عن النیة والاول یقضیه کله لما ذکره من قوله لانه نوع مرض الخ کلامه واضح
وقوله ومن جن فی رمضان کله قال شمس الائمة الحلوانی المراد بقوله جن کله ما یمکنه الصوم فیه ابتداء حتی لو افاق بعد الزوال من
الیوم الاخر من شهر رمضان لم یلزمه القضاء لان الصوم لا یصح فیه کاللیل هو الصحیح وقوله یعتبره بالاغما یعنی من حیث ان الجنون
مرض یخل بالعقل فیکون عذرا فی التاخیر الی زواله لا فی الاسقاط کما فی الاغما وقوله ولنا ظاهر وقوله بما یقولان لم یجب علیه الاداء
ای اداء ذلک البعض لانعدام الاهلیة وکل من لم یجب علیه الاداء لم یجب علیه القضاء لان القضاء مرتب علیه وصار کالمستوعب فان المستوعب
منه منع القضاء فی الکل فاذا وجد فی البعض منع بقدره اعتبارا للبعض بالکل ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر ای بعضه
لان السبب لو کان کله لوقع الصوم فی شوال فکان تقریر الایة والله اعلم فمن شهد منکم بعض الشهر فلیصم الشهر کله لان الضمیر یرجع
الی المذکور دون المضمر والمجنون الذی لم یستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر فیصوم کله فان قیل یجوز ان یمنع عن ذلک مانع وهو
عدم الاهلیة فیما مضی اجاب بان الاهلیة للوجوب بالذمة وهی کونه اهلا للایجاب والاستیجاب وهی موجودة لانها
بالادمیة فان قیل لو کان ما ذکرتم صحیحا لوجب علی المستغرق ایضا اجاب بقوله وفی الوجوب فائدة بتاویل المذکور وصیرورته
مطلوبا علی وجه لا یحرج فی ادائه والمستوعب لیس کذلک لانه یحرج فی الاداء فلا فائدة فی الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج
بعد الوجوب فصار کالصبا لان الصبا لما کان ممتدا کان فی الایجاب علیه حرج وهو مسقط فلا فائدة فیه والحاصل ان الوجوب
فی الذمة لاینعدم بسبب الاغما والصبا والجنون الا ان الاغما لا یطول عادة فلا یسقط القضاء والصبا یطول فیسقط دفعا للحرج
والجنون یطول ویقصر فاذا طال التحق بالصبا واذا لم یطل التحق بالاغما والطویل فی الصوم ان یستوعب الشهر کله وفی الصلوة
ان یزید علی یوم ولیلة ثم لا فرق بین الجنون الاصلی وهو ان یبلغ مجنونا والعارضی وهو ان یبلغ عاقلا ثم یجن وقیل هذا ای عدم
الفرق بین الجنونین ظاهر الروایة عن محمد انه فرق بینهما فقال ان بلغ مجنونا ثم افاق فی بعض الشهر لیس علیه قضاء ما مضی لان ابتداء
الخطاب توجه الیه الان فکان کصبی یبلغ وروی هشام عن ابی یوسف انه قال فی القیاس لا قضاء علیه ولکنی استحسن فاوجب
علیه قضاء ما مضی من الشهر لان الجنون الاصلی لایفارق العارضی فی شئ من الاحکام ولیس فیه روایة عن ابی حنیفة واختلف فیه
المتاخرون علی قیاس مذهبه والاصح انه لیس علیه قضاء ما مضی کذا فی المبسوط والیه اشار بقوله هذا ای المروی عن محمد مختار
بعض المتاخرین ومنهم الامام ابو عبد الله الجرجانی والامام الرستغفنی والزاهد الصفار وقوله ومن لم ینو فی رمضان
یعنی امسک عن المفطرات لکنه لم ینو صوما ولا فطرا فعلیه قضاؤه قالوا هذه من خواص الجامع الصغیر ولا بد لها من تاویل لان
دلالة حال المسلم کافیة لوجود النیة کالمغمی علیه فی رمضان یجعل صائما یوم اغمی علیه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النیة وان لم تعرف
منه ولو بان یکون مریضا او مسافرا او متهتکا اعتاد الاکل فی رمضان فلم یصلح حاله دلیلا علی نیة الصوم کذا ذکره فخر الاسلام
واری انه لیس یحتاج الی التاویل لان حال المسلم دلیل اذا لم تعرف منه کما فی المغمی علیه والفرض فی هذه المسئلة العلم بانه لم ینو
باخباره بذلک والدلالة انما تعتبر اذا لم یخالفها صریح وقال زفر یکون صائما لا قضاء علیه لان صوم رمضان یتادی بدون
النیة فی حق الصحیح المقیم لان الامساک مستحق علیه فعلی ای وجه اداه یقع عنه کما اذا وهب کل النصاب من الفقیر وهکذا روی
عن عطاء وانکر الکرخی ان یکون هذا مذهبا لزفر وقال المذهب عنه ان صوم الشهر کله یتادی بنیة واحدة کما هو قول مالک وقال

وقال ابو الیسر هذا قول زفر فی صغره ثم رجع عنه وانما قید بالصحیح المقیم نفیا لما یجوز به صرف الامساک الی غیره لتعین الجهة
واعترض بان هبة النصاب فقیرا واحدا لا تجوز عنده علی ما مر فما وجه ما فی الکتاب واجیب بان معناه علی قود مذهبکم
وبان تاویله ان یکون الفقیر مدیونا فان دفع النصاب الیه جائز بالاتفاق ویجوز ان یقال اراد بالفقیر الجنس فکان الدفع متفرقا
ولنا ان المستحق هو الامساک عبادة ولا امساک عبادة الا بالنیة وفی هبة النصاب قد وجدت النیة کما مر فی الزکوة ومن اصبح
غیر ناو للصوم فافطر قبل الزوال وبعده فلا کفارة علیه عند ابی حنیفة وقال زفر علیه الکفارة لانه یتادی عنده بغیر النیة وقد افسد
المستحق علیه شرعا فیجب الکفارة کما لو نوی وقال ابو یوسف ومحمد وفخر الاسلام وجعل هذا قول ابی یوسف خاصة اذا اکل قبل
الزوال یجب الکفارة لانه فوت امکان التحصیل لکونه وقت النیة فصار کغاصب الغاصب فان المالک اذا ضمنه فانما یضمنه
لتفویت الامکان وتفویت امکان الشئ کتفویته لا یقال لا نسلم ان التضمین لتفویت الامکان لم لا یکون للاستهلاک او الغصب
نفسه من الغاصب لان الاستهلاک شرط التفویت ولا یضاف الحکم الی الشرط مع قیام صاحب العلة ولم یتحقق الغصب لان ما
ازال یدا محققة فلم یکن الا التفویت ووجه ابی حنیفة ظاهر مکشوف واما ما قالا من تفویت الامکان فهو مستقیم فی غیر
ما یندرئ بالشبهات فی باب العدوان وقوله واذا حاضت المرأة او نفست بضم النون ای صارت نفساء وکلامه
ظاهر وقوله واذا قدم المسافر قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وکلامه کما تری یشیر الی اختیاره وجوب الامساک اذ لو
لم یکن کذلک لارتفع الخلاف فان الشافعی یقول بعدم الوجوب بناء علی ان التشبه خلف والخلف لا یجب الا علی من
الاصل فی حقه کالمفطر متعمدا او المخطئ یعنی الذی اکل یوم الشک ثم ظهر انه من رمضان او تسحر علی ظن انه لیل وکان الفجر طالعا
لا الذی اخطأ فی المضمضة ونزل الماء فی جوفه فانه لا یفطر عنده قلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان بعض الشئ لا یکون خلفا عن
الکل بل وجب قضاء لحق الوقت اصلا لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الکفارة علی المفطر فیه عمدا دون غیره وقد قال
من تقرب فیه بخصلة من خصال الخیر کان کمن ادی فریضة ومن ادی فریضة کان کمن ادی سبعین فریضة فیما سواه واذا کان
معظما وجب قضاء حقه بالصوم ان کان اهلا وبالامساک ان لم یکن خلفا لا یکون وجوبه مبنیا علی وجوب الاصل بخلاف
الحائض والنفساء والمریض والمسافر حیث لا یجب علیهم الامساک للتحقق المانع عنه وهو قیام هذه الاعذار فانها تمنع
عن الصوم وتمنع عن التشبه به اما فی الحائض والنفساء فلان الصوم علیهما حرام والتشبه بالحرام حرام واما فی المریض و
المسافر فلان الرخصة فی حقهما باعتبار الحرج فلو الزمنا التشبه عاد علی موضوعه بالنقض فصل واذا تسحر وهو یظن ان
الفجر لم یطلع ومن اخطأ فی الفطر بناء علی ظنه فسد صومه ولزمه امساک بقیة یومه ویجب علیه القضاء ولا یجب علیه الکفارة
ولا یاثم به اما فساد صومه فلانعدام رکنه بغلط یمکن الاحتراز عنه فی الجملة بخلاف النسیان واما امساک البقیة فلقضاء حق
الوقت بالقدر الممکن کما ذکرنا انفا او لنفی التهمة فانه اذا اکل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهمة
واجب بالحدیث واما القضاء فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه کالمریض والمسافر واما عدم الکفارة
فلان الجنایة قاصرة لعدم القصد ویعضده ما روی عن عمر انه کان جالسا مع الصحابة فی رحبة مسجد الکوفة عند الغروب
فی شهر رمضان فاتی بعس من لبن فشرب منه واصحابه فامر المؤذن ان یؤذن فلما رقی المأذنة رای الشمس لم تغب
فقال الشمس یا امیر المؤمنین فقال عمر بعثناک داعیا ولم نبعثک راعیا ما تجانفنا لاثم قضاء یوم علینا یسیر فیه دلالة علی
لزوم القضاء وعدم الاثم وان جعلت الموضع موضع بیان ما یجب فی مثله دل علی عدم الکفارة ایضا لان السکوت
فی موضع الحاجة الی البیان بیان والجنف المیل فان قیل ما یدل علیه عبارة الکتاب هو ما یکون ظانا فما حکم الشک
فی ذلک فالجواب انه اذا شک فی طلوع الفجر لا یجب علیه الکفارة واذا شک فی غروب الشمس وجبت والفرق انه اذا
شک فی غروب الشمس فافطر فقد کمل الفطر علی سبیل التعدی لانه کان متیقنا بالنهار شاکا باللیل والیقین لا یزول
بالشک وفی طلوع الفجر بالعکس وفی کلام المصنف تصریح بذلک ولکنه قال ینبغی ان تجب الکفارة لان فیه اختلاف

المشايخ وقوله والمراد بالفجر وقوله ثم التسحر السحر آخر الليل عن الليث قالوا هو السدس الآخر والسحور اسم لما يؤكل
في ذلك الوقت وقوله عم فان في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون المراد
نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير اكل السحور مستحب في مستحب لما ان نفس التسحر مستحب ايضا
فكان التاخير مستحبا في مستحب قال عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك فان قيل
ما وجه جعل تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص باهل الاسلام فان النبي عم قال فرق ما بين صيامنا وصيام اهل
الكتاب اكل السحور اجيب بان المراد به الاكلة الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ويجوز ان يقال لا منافاة بين
الحديثين فان الاول يدل على انه من اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب ما كان لهم سحور وهذا غير الاول
لجواز ان يكون انبياؤهم يتسحرون وقوله الا انه اذا شك في الفجر ظاهر وقوله وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه هو الصحيح لان الليل
هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكبر الراي ليس كذلك وفوقه رواية واحدة قال في النهاية اي فعليه القضاء والكفارة لان
النهار كان ثابتا وقد انضم اليه اكبر رايه فصار بمنزلة اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب المذكور وانما قال هو الواجب
احترازا عما اذا كان اكبر رايه ان الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا انفا وقوله ومن اكل في رمضان ناسيا ظاهر لان الا
ستند الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالاكل ناسيا فاذا اكل بعده عامدا لم يلاق فعله
الصوم فلا يجب عليه الكفارة وقوله لانه لا اشتباه يعني اذا علم بحديث علم ان القياس متروك والمتروك لا يورث شبهة
فلا شبهة وقوله وجه الاول يعني عدم وجوب الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس وهذا لان الشبهة الحكمية
بالنظر الى القياس هي الشبهة في المحل وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما
سيجي في كتاب الحدود والقياس دليل قائم ينفي حرمة الاكل الثاني سواء علم ذلك او لم يعلم كوطي الاب جارية ابنه فانه لا يجب
به الحد سواء كان الاب عالما بالحرمة او لا وقوله ولو احتجم صورته ظاهرة وقوله لان الظن ما استند الى دليل شرعي
فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العرق والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم لا يجوز ان يكون كدم الحيض والنفاس
فانه ليس فيه وصول شي الى باطنه ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم لان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
كالاستقاء فان قيل فليكن الحجامة كذلك بقوله عم افطر الحاجم والمحجوم اجيب بانه عم احتجم وهو صائم رواه ابن عباس
وروي ايضا احتجم عم وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شي لا يقال ما رواه
ابن عباس حكاية فعل والقول راجح لان القول انما يكون راجحا اذا لم يكن ماولا وهذا ماول على ما نذكره وقوله الا اذا افتاه
فقيه يعني ح لا يجب الكفارة والمراد به فقيه يوخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلدة بهكذا روى الحسن عن ابي حنيفة
وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد لان الفتوى دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وان بلغه الحديث وهو
قوله عم افطر الحاجم والمحجوم روي بالواو وبغيره بنصب المحجوم واعتمده فكذا عند محمد لا يجب عليه الكفارة لان قول
الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك يعني لا يسقط الكفارة لان على العامي الاقتدا بالفقها لعدم
الاهتدا في حقه الى معرفة الاحاديث لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا وان عرف تاويله وهو ان النبي عم
مر بهما وهما معقل بن سنان مع حاجمه وهما يغتابان آخر فقال افطر الحاجم والمحجوم اي ذهب ثواب صومهما الغيبة
وقيل انه اذا غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عم افطر الحاجم المحجوم اي فطره بما صنع به فوقع عند
الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم يجب الكفارة لانتفا الشبهة لانها نشات من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة
التاويل فان قيل لا نم ان منشا الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشا لها ايضا اجيب بان قول
الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفة القياس فان الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قول مالك في اكل الناسي لا يقال في
عبارته تناقض لانه قال اذا افتاه فقيه وفتواه لا يكون الا بقوله ثم قال في قول الاوزاعي لا يورث الشبهة وايضا

الفتوى في هذا الباب لا يكون الا مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول
ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التاويل ولو اكل بعد ما اغتاب معتمدا فعليه القضاء والكفارة كيف
ما كان اي سواء بلغه الحديث او لم يبلغه عرف تاويله او لم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر بها يخالف القياس
والحديث وهو قوله عم الغيبة يفطر الصائم ماول بالاجماع بان المراد به ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في
ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض العلما اخذ بظاهره من غير تاويل وقوله واذا جومعت النائمة
او المجنونة اما صوم النائمة فظاهر واما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لانها لا تجامع الجنون وحكي عن ابي سليمان
الجوزجاني قال لما قرات على محمد هذه المسئلة قلت له كيف يكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في
الافق واكثرهم قالوا تاويله انها كانت عاقلة بالغة في اول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت
بما فعل به الزوج وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما الحاقا بالناسي لان العذر فيهما ابلغ لعدم القصد ولنا
ان الالحاق انما يصح ان لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان يغلب في وجوده فيفضي الى الحرج وهذا
اي جماع النائمة والمجنونة نادر فالقضا لا يفضي الى الحرج ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية لعدم القصد **فصل**
فيما يوجبه على نفسه لما فرغ من بيان ما اوجب الله على العباد شرع في بيان ما يوجب العبد على نفسه لانه فرع على
الاول ولهذا اشترط ان يكون من جنس ما اوجبه الله تع وان لا يكون واجبا بايجاب الله واذا قال لله علي صوم يوم
النحر افطر وقضى وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لان هذا نذر
بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام قال عم الا لا تصوموا في هذه الايام الحديث والنذر بالمعصية
غير صحيح لقوله عم لا نذر في معصية الله ولنا ان هذا نذر بصوم مشروع لان الدليل الدال على مشروعيته وهو كونه
كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا والنذر بما هو
مشروع جائز وما ذكرتم من النهي فانما هو لغيره المجاور وهو ترك اجابة دعوة الله تع لان الناس اضياف الله تع في هذه
الايام واذا كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل ان يقول الامساك في هذه الايام يستلزم ترك اجابة الدعوة
البتة وترك الاجابة منهي عنه فقبيح فما يستلزمه كذلك والجواب انا لا نسلم ذلك فانه لو امسك حمية او لضعف او لعدم
ما ياكله لا يكون تاركا للاجابة فان قيل الامساك عبادة يستلزمه قلنا كان ذلك قولا بالوجه والاعتبار وعلى تقدير تسليم صحته
قلنا ان نقول هذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله تع قبيح ومن حيث انه قهر للنفس الامارة بالسوء على قصد التقرب
الى الله تع حسن فيصح النذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن
العهدة لانه اداه كما التزمه فان ما وجب ناقصا يجوز ان يتادى ناقصا فان قلت ثم المقتضى هذا النوع من القبح مجاورا
وهو على خلاف ما في كتب اصحابنا في اصول الفقه قاطبة فانهم سموه بالمتصل وصفا واما المجاور جمعا فمثل البيع عند
اذان الجمعة قلت سوال حسن والتفصي عن عهدته جوابه مشكل وتقريرنا كافل كاف لتقريره فليطلب ثمه
فانه من مباحث الاصول **قال** وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين • هذه المسئلة على ستة وجوه والجميع مذكور
في الكتاب ففي الثلثة الاولى وهي ما اذا لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا
بالاجماع وفي الواحد يكون يمينا بالاجماع وهو ما اذا نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا وفي الاثنين وهو ان ينويهما
او نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف في الاول نذر وفي الثاني يمين ثم
الوجوه الاربعة المتفق عليها ظاهرة وكفى بعدم المنازع دليلا واما وجه الباقيين فلابي يوسف ان النذر
فيه اي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز لتوقفها عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة
والمجاز فاذا نواهما فالحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا يكون الحقيقة

مرادة ولهما انه لاتنافي بين الجهتين يعني انه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز لان قوله لله علي صوم
يوم النحر موضوع للوجوب مستعمل في الوجوب وليس بمستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز غير انه مستعمل فيه من جهتين لاتنافي بينهما نشأت احديهما من النذر لانه يقتضيه لعينه ولهذا يجب القضا
اذا تركه والاخرى من اليمين لانه يقتضيه لغيره وهو صيانة اسم الله تع عن الهتك ولهذا لايوجب القضا بل الكفارة
وكل واحد من المتنافيين دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما
جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس في تحقيق هذه
المسئلة على مذهبهما انواع من التوجيهات فمن تشوق اليها طالع التقرير ولو قال لله علي يعني ان من نذر صوم سنة فلا يخ
اما ان عينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر الايام الخمسة وقضاها
لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام ولم يجب عليه قضاء رمضان لان صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام الايام الخمسة
جاز لما تقدم وان كان الثاني فاما ان شرط التتابع اولا فان شرطه فحكمه حكم المعينة وان لم يشترطه لم يجزه صوم هذه الايام ويقضي خمسة
وثلثين يوما خمسة للايام الخمسة وثلثين لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه ان ما وجب
كاملا لايتأدى ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتأدى ناقصا وقوله والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية يعني عنهما
بين النذر والشروع في الصوم والشروع في الصلوة في الاوقات المكروهة فان في النذر يلزم القضاء وفي الشروع في الصوم
لا يلزم وفي الصلوة يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم ان الشروع احداث الفعل في
الخارج وهو لاينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا يجب صيانته ووجوب القضا
يبتني على وجوب الصيانة واما النذر فانما هو ايجاب في الذمة وهو امر عقلي وجاز للعقل ان يجرد الاصل عن الوصف فلم يكن
مرتكبا للمنهي عنه واما الشروع في الصلوة في الاوقات المكروهة فانما صار موجبا للقضا لان ما شرع فيه لايكون صلوة حتى
يتم ركعة ولهذا لايحنث به الحالف على الصلوة فلم يكن الشروع في الابتدا احداثا لفعل الصلوة في الخارج فكان كالنذر في الانفصال
عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضا بتركها هذا ما سنح لي في توجيه كلامه

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلوة وبين صفته قبل بيان تفسيره لانها اهم من حيث علم الفقه
فان قيل المواظبة ثابتة من غير ترك قالت عائشة ان رسول الله عم كان يعتكف في العشر الاخير من رمضان حين قدم المدينة
الى ان توفاه الله تع اجيب بانه عم لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت المواظبة بلا ترك معارضا بترك
الانكار وتفسيره لغة الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس منه قوله تع والهدى معكوفا واما تفسيره شريعة فما ذكره
انه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث لانه ينبئ عنه لغة كما ذكرناه وبعض شرائطه
وهو الصوم والنية اما النية فهي شرط في جميع العبادات واما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي هو يقول الصوم عبادة هو اصل
بنفسه وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لايكون شرطا لغيره والا لايكون اصلا بنفسه فما فرضناه اصلا لايكون اصلا هف
باطل ولنا قوله عم لا اعتكاف الا بالصوم روته عائشة والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول وفيه بحث
من وجهين احدهما ان الله تع شرع الاعتكاف مطلقا بقوله تع ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد فاشتراط
الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لايجوز والثاني ان الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم فيها غير مشروع وفي
ذلك تحقق المشروط بدون الشرط وهو باطل فدل على انه ليس بشرط واجيب عن الاول بان الامساك عن الجماع ثبت
شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو احد ركني الصوم فالحق به الركن الاخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة
لاستوائهما في الحظر والاباحة كما الحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا في حق بقا الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب
الامساك على المعتكف عن الشهوتين لله تع كان صوما وعن الثاني بان الشروط انما تثبت بحسب الامكان فان المرام

المراة عليها صوم الشهر متتابعا ثم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن وقوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب
منه رواية واحدة اي ليس فيه اختلاف الروايات فمعناه في جميع الروايات وقوله وعلى هذه الرواية لايكون اقل من يوم
يشير الى انه لو صام رجل تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار علي اعتكاف هذا اليوم لايكون عليه شيء لان صومه انعقد تطوعا
فتعذر جعله واجبا بنذر الاعتكاف وقوله وفي رواية الاصل قالوا اي ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة وقوله لانه غير مقدر
فلم يكن القطع ابطالا لايفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف والصوم والصلوة متطوعا حيث لم يجب عليه القضاء في
الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه في الاخرين لان الصوم مقدر بيوم والصلوة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف لايصح الا
في مسجد الجماعة هذا ايضا من شرط جوازه ومسجد الجماعة هو الذي يكون له امام ومؤذن اديت فيه الصلوات الخمس
اولا لقول حذيفة بن اليمان لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لايصح الا في مسجد يصلي
فيه الصلوات الخمس لما ذكر في الكتاب وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في المسجد
الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله عم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر اهلها
وقوله اما المراة فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنسا الا في مسجد جماعة لان
المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لايوجد في مساجد البيوت ولنا ان موضع اداء
الاعتكاف في حقها الموضع الذي يكون صلوتها فيه افضل كما في حق الرجل وصلوتها في مسجد بيتها افضل فكان موضع
الاعتكاف مسجد بيتها ❀ ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة كلامه واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف
في الجامع فانه ان كان اعتكافه دون سبعة ايام اعتكف في اي مسجد شاء وان كان سبعة فصاعدا اعتكف في مسجد الجامع
فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع
صحت الضرورة المطلقة للخروج اليها لان تركها صيانة للاعتكاف لايجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بايجاب
الله تع وهو واجب بايجاب العبد وليس للعبد استقاط ما وجب بايجاب الله بايجابه وقوله فلا يتمه في مسجدين من غير
ضرورة قيد بذلك لانه اذا كان ثمه ضرورة مثل ان يعتكف في مسجد فينهدم جاز له الخروج الى مسجد آخر لانه مضطر الى الخروج
فكان عفوا وقوله وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مفوت له فكان القليل والكثير
سواء كالاكل في الصوم والحدث في الطهارة وقوله لان في القليل ضرورة بيانه ان المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان
لا يؤمر بان يسرع في المشي وله ان يمشي على التؤدة فكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف
يوم اعتبارا بنية الصوم في رمضان اذا وجدت في اكثر اليوم جعلت كانها وجدت في جميع اليوم لان القليل تابع للاكثر
فقوله لم يكن له ماوى الا المسجد يعني في غالب احواله ويلزم من ذلك ان يكون اكله فيه وقوله ولا باس بان يبيع ويبتاع
يعني ما كان من حوائجه الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه الا يرى انه قال الى قوله ويكره لغير المعتكف البيع والشرى فيه
فاذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم الا بخير يعني ان التكلم بالشر في المعتكف اشد حرمة
منه في غيره فكان من قبيل قوله تع فلا تظلموا فيهن انفسكم فان الظلم وان كان حراما مطلقا لكنه قيده بالاشهر لانه فيها
اشد حرمة وقوله ويكره له الصمت قيل معناه ان ينذر ان لايتكلم اصلا كما كان في شريعة من قبلنا وقيل ان يصمت
ولا يتكلم اصلا من غير نذر سابق وقيل معناه ان ينوي الصوم المعهود وهو الامساك من المفطرات الثلث مع زيادة
النية ان لايتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور في الكتاب بقوله لان صوم الصمت ليس بقربة فانه روي عن ابي حنيفة عن عدي
بن ثابت عن ابي حازم عن ابي هريرة ان النبي عم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت فقال الراوي وهو زكريا بن
ابي زائدة قلت لابي حنيفة ما صوم الصمت قال ان تصوم ولا تتكلم احدا في يوم الصوم وقوله لكنه يتجانب
ما يكون مأثما اي اثما متصل بقوله يكره له الصمت لا بقوله ❀ عبارته تسامح لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضي حصر ان يكون الكلام

بحر وقوله يجاب مايكون ماثما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح وذلك تناقض لانا نقول ماليس بمائم فهو خير عند الحاجة
اليه لان الخير عبارة عن الشي الحاصل لما من شانه ان يكون حاصلا له اذا كان موثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة اليه كذلك
وقوله ويحرم على المعتكف الوطي يحتاج الى تاويل لان المعتكف انما يكون في المسجد فلا يتهيا له الوطي واولوه بانه جاز له الخروج
للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطي لان اسم المعتكف لايزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التاويلات
انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون فيرجعون الى معتكفهم فنزل قوله ولا تباشروهن وانتم عاكفون
في المساجد وكذا المس والقبلة لانه اي لان كل واحد من المس والقبلة من دواعي الجماع اذ هو اي الجماع محظور الا
عتكاف كما انه محظور الاحرام فكان الدواعي محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف اجاب
بقوله بخلاف الصوم لان الكف اي عن الجماع ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه ولا زال في تحقيقه اصطكت الركب
واقصى ما انتهى اليه القدر ان قالوا الوطي محظور الاعتكاف لان محظور الشي ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطي في
الاعتكاف كذلك لانه اللبث في مسجد الجماعة مع الصوم والنية هذا حقيقة ثم نهى المعتكف ان يرتكب الوطي وهو
معتكف بصريح قوله تع ولا تباشروهن فصار محظورا فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهات في باب المحرمات ملحقة
بالحقيقة كما قلنا في الاحرام ان حقيقة التلبية باللسان والقلب ثم بعدما وجد ذلك صار الوطي حراما بقوله تع فلا رفث
ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى الدواعي من المس والقبلة واما الصوم فالوطي ليس بمحظوره على ما ذكرنا
من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف عن الوطي ثبت بقوله تع ثم اتموا الصيام بعد قوله فالان باشروهن الى قوله حتى
يتبين لكم الخيط الابيض الاية ويثبت اذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالامر ضمنا لا قصدا
ضرورة بقاء الركن والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض بان ظاهر
هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي والقصدي يقتضيها وهو منقوض بالنهي عن الوطي حالة
الحيض فانه قصد الى ذلك بقوله تع ولا تقربوهن حتى يطهرن ولم يحرم الدواعي واجيب بانها لم يحرم فيها لئلا يفضي
الى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز ان يجاب ايضا بان مبنى الكلام على ان ما كان محظورا على ما عرفت من تفسيره هو
الذي يتعدى والوطي حالة الحيض ليس كذلك ويجوز ان يقال لو الحق الكف عن الدواعي بالكف عن الجماع في الصوم
كان ركنا ينتفي الصوم بانتفائه وليس كذلك لان النبي عم كان يقبل بعض نسائه وهو صائم كما تقدم والكف عن الجماع
ليس ركنا في الاعتكاف فالدواعي ايضا بالالحاق لا يكون ركنا فيكون محظورا ويلحق به الدواعي لان الشبهة في الحرمات
ملحقة بالحقيقة هذا وليس وراءها دار قرية وقوله وان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا يعني انزل او لم ينزل بطل
اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم فان الليل ليس محلا فان قيل الاعتكاف فرع على الصوم والفرع
ملحق بالاصل في حكمه ولو جامع ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف اجاب بقوله
وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر فيه فان قيل فكان الواجب ان يفسد بالاكل
ناسيا كالجماع اجيب بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف بل لاجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف
الجماع فان حرمته للاعتكاف نصا فكان كالجماع في الاحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج
فانزل او قبل ولمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع وبهذا فسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد وان كان حراما لانه ليس
في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال اعتبارا بظاهر قوله تع ولا تباشروهن
وذلك يتحقق في الجماع فيما دون الفرج اجيب بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا بطل ان يكون الحقيقة مرادة
ولان الاعتكاف معتبر بالصوم فيهما ونفسهما لم تفسد الصوم فكذا الاعتكاف قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف
ايام اي ومن قال على ان اعتكف عشرة ايام لزمه بلياليها متتابعة اما لزوجها لياليها فلما ذكر المص ان ذكر الايام

للايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي عرفا يقال ما رايت منذ ايام والمراد بلياليها واذا حلف
لا يكلم فلانا شهرا او عشرة ايام كان ذلك على الايام والليالي الا يرى الى قصة زكريا عم حيث قال ان لا تكلم الناس
ثلثة ايام الا رمزا وقال ان لا تكلم الناس ثلث ليال سويا والقصة واحدة وتاويله ما ذكرنا وقوله على سبيل الجمع يدفع
ما يقال قد تقرر في اصول الفقه ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب
ان يراد بالايام النهر دون الليالي والا لانتقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف جاء على ما ذكرنا حتى لو قال
على ان اعتكف يوما اختص ببياض النهار كذا في التحفة واما التتابع فلما ذكر ان مبنى الاعتكاف على التتابع الخ
وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة فان قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة ونية فما وجه قوله
لانه نوى الحقيقة قلت كانه اختار ما ذهب اليه بعض ان اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت واحد
معنيي المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلى تقدير ان يكون مختاره ما عليه الاكثرون وهو انه
مجاز في مطلق الوقت فجوابه ان ذكر الايام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة لا للدلالة وقوله ومن اوجب
على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله وقال ابو يوسف قال في النهاية كان من حقه ان يقول وعن ابي يوسف
لان هذا الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا قوله بعده وجه الظاهر وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك
كان لفظ المثنى ولفظ الفرد سواء ولو قال على ان اعتكف يوما لم يدخل ليلته بالاتفاق فكذا في التثنية الا ان الليلة
الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض الاخر بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى
غير الجمع وجب ان لا يكتفى في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان الاصل
ما ذكرت ههنا لان فيه العمل باوضاع الوحدان والجمع الا انا وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيرها وهو انها
سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي الجماعة والتثنية ذلك فكانت التثنية في تحقيق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها
وجه ظاهر الرواية ان في المثنى معنى الجمع لاجتماع فرد وفرد فيه فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه تلويح
الى انهما انما لم يلحقا المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين
وذلك في الالحاق غير متيقن لان الجماعة شرط على حدة بالاتفاق وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب
الفرد والجمع اذ هي بينهما وفي اشتراط الجمع لا تردد في الخروج فكان شرطا واما في الاعتكاف ففي الحاقه بالجمع
خروج عنها بيقين لان ايجاب ليلتين مع يومين احوط من ايجاب يومين بليلة وهو ظاهر والله اعلم

كتاب الحج

لما ترتبت العبادات المتقدمة ذلك الترتيب لمعان ذكر
عند كل كتاب تاخر الحج الى ههنا ضرورة لان ما بعده اما يكون من المعاملات او غيرها والعبادة متقدمة والحج
في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم ثم انه فرض على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا
قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وانما
عدل المص عن الافراد الى الجمع في قوله على الاحرار نظرا الى وقوعه فانه لا يؤدى الا بجمع عظيم واما وصفه
بالوجوب وهو فريضة محكمة كما صنع بالزكوة وقد ذكرنا وجهه هناك ويجوز ان يكون معناه ثابت او لازم فان الوجوب
يدل على ذلك وفرضيته تثبت بالكتاب وهو قوله تع ولله على الناس حج البيت الاية يعني انه حق واجب
لله في رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء ولا يجب الا مرة واحدة لانه عم قيل له يعني لما نزل هذه الاية
وقال لهم ايها الناس حجوا والحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت
لاضافته اليه تعالى حج البيت والاضافة دليل السببية ولانه لا يتعدد البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على
الفور عند ابي يوسف حتى ان لو اخر بعد اجتماع الشرائط ثم رواه عنه بشر والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه اي على

النور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه انه سئل عمن له مال أيحج به ام تزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور
ووجه دلالته على ذلك ان في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال بالحج يفوته ولو لم يكن وجوبه عنده على الفور
لما امر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله في وقت آخر لان المال غاد ورائح وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة
العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة فكما انها جازت في اجزاء وقتها يجوز الحج في اجزاء العمر من اشهر الحج وهذا الدليل لمحمد لانه يقول بجواز
التأخير بشرط ان لا يفوته بالموت فان فوته اثم واما الشافعي فانه يقول لا يأثم بالتأخير وان مات فلم يكن عنده وقت كوقت الصلوة
وجه الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج يختص بوقت خاص من كل عام وهو اشهر الحج وكل ما اختص بوقت خاص وقد فات
عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيه الحيوة والممات لان الموت في
سنة واحدة مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة المزاج غير نادر فيتضيق احتياطا لا تحقيقا وانما قال ذلك لئلا يرد عليه انه
لو كان متضيقا لوجب ان يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك فان التضيق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا
توضيحه بقوله ولهذا كان التعجيل افضل يعني بالاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح وقوله بخلاف
وقت الصلوة جواب عن قوله كالوقت في الصلوة وثمرة الاختلاف لا تظهر الا في حق الاثم خاصة واما ان الواقع في العام
الثاني اداء كما في الاول والتطوع في العام الاول جائز فلا ينكره احد وتمام هذا البحث موضعه اصول الفقه وانما شرطت الحرية
والبلوغ لقوله عم ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم والصلوة ان الحج
يحتاج الى الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا والصوم والصلوة ليس كذلك وان حق المولى في الحج يفوت في مدة طويلة
فقدم حق العبد على حق الله تع بخلاف الصوم والصلوة وقوله والعقل لبيان اشتراط العقل وقوله وكذا صحة الجوارح
لبيان اشتراط الصحة لان العجز بدونها لازم وقوله والاعمى اذا وجد يعني ان الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة فان لم يجد قائدا
وقد عبر عنه المص بقوله من يكفيه مؤنة سفره عند ابي حنيفة لا يجب كما لا يجب الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان فرقا على احدى الروايتين
بين الجمعة والحج وقالا وجود القائد الى الجمعة ليس بنادر بل هو غالب فيه الجمعة ولا كذلك القائد الى الحج وقوله واما المقعد
فعن ابي حنيفة ظاهر الرواية عنه في الزمن والمفلوج ومقطوع الرجلين ان الحج لا يجب عليهم الاحجاج بما لهم لان الاصل لما
لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة
وقوله وعن محمد ظاهر وقوله ولا بد من القدرة بيان لقوله اذا قدروا على الزاد والراحلة ويعني به القدرة بطريق الملك
او الاستيجار بان يقدر على ما يكترى به شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني اي جانبه لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب احد
جانبيه والزاملة البعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله يقال لها بالفارسية سرباري وقوله وقدر النفقة
ذاهبا وجائيا يعني بعد الراحلة نفقة وسط بغير اسراف وتقتير وهذا لانه عم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه
ان يكتري عقبة اي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخا بفرسخ او منزلا بمنزل فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك في جميع السفر وقوله
ويشترط ان يكون اي ما يقدر به على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله في اول البحث فاضلا وهو ههناك منصوب
على الحال من الزاد والراحلة وقيد بالمسكن والخادم اشارة الى ما ذكره ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه
وما اشبه ذلك يجب عليه ان يبيعه ويحج به وقوله واثاث البيت يعني كالفرش والبسط والآت الطبخ وثيابه اي ثياب
بدنه وفرسه وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغول بها كالمعدوم وقوله وحق العبد مقدم على حق
الشرع بامره قال الله تع وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقوله وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ظاهر ولا بد
من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر عذر لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدون
الامن ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة انه شرط نفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول
لما ان الاستطاعة لا تثبت دونه وهو مروي عنه ومنهم من ذهب الى الثاني لانه عم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة

والراحلة لا غير وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق آمنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية
وعند الآخرين يلزمه قال ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم يحج بها الاختلاف المار في امن الطريق في كونه شرط الوجوب او شرط
الاداء ثابت في محرم المراة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد بقرابة او رضاع او صهارة ولا يجوز للمراة ان تحج اذا لم يكن معها
محرم او زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام شابة كانت او عجوزا وان لم يكن لها محرم او زوج لا يجب عليها التزوج للحج كما لا يجب
على الفقير اكتساب المال لاجله وقال الشافعي لها ان تحج في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن عن الفتنة بالمرافقة ولنا قوله
عليه السلام لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها فضلا عن حصول الامن وعورض
بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونها والهجرة ليست من الاركان الخمسة فلان تخرج للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك
ضرورة الخوف على نفسها الا يرى انها اذا وصلت الى جيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت آمنة لم يكن لها بعد
ذلك ان تسافر بدون محرم فان قيل فسر النبي عم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك حجة من جعله
شرط الاداء ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا نسلم ان الفتنة تزداد بانضمام غيرها
اليها فان المبتوتة اذا اعتدت في بيت الزوج بحيلولة ثقة جاز ولم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بان انضمام المراة اليها
تعينها على ما تراود بها وتعليم ما عسى تعجز عنه بفكرها وانما لم يكن في المعتدة كذلك لان الاقامة موضع امن وقدرة على
دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا تعد ثقة والكلام فيها ولان جواب السند يناقض جواب المنع والاولى ان يقال هن ناقصات
دين وعقل فلا يؤمن ان تنخدع فيكون عليها في الافساد وتتوسط في التوطين والتمكين فتعجز هي عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم
في الحضر لامكان الاستغاثة وقوله بخلاف ما اذا كان متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وهو واضح وكذا قوله
وان وجدت محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا يرى انه لا يمنعها من صيام رمضان والصلوات
والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولهذا كان له ان يحللها من ساعته وقوله وان كان المحرم فاسقا ظاهر واذا بلغ
الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد بعد ما احرم فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب
وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على ما ذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده
لا وجوده قصدا الا يرى ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلوته فما بال الحج لم يجز بذلك
الاحرام والجواب ان الاحرام عندنا انما يكون بالنية على ما سيأتي وبها يصير شارعا في افعال الحج فصار كصبي توضأ وشرع
في الصلوة وبلغ بالسن ونوى ان تكون تلك الصلوة فرضا لا تنقلب اليها ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة
الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو تناول محظورا لم يلزمه شيء واذا كان
كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا لو اصاب صيدا كان عليه الصيام لانه
صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وانما طريق خروجه
من ذلك الاحرام اداء الافعال فلو جدد التلبية او لم يجدد فهو باق على ذلك الاحرام فلا يجزئه عن حجة الاسلام
لما فرغ عن ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت
في قوله تع هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر في الكتاب وقوله هكذا وقت رسول الله عم هذه المواقيت لهؤلاء قيل
عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين واجيب بانه عم علم بطريق الوحي انهم يسلمون فوقت لهم على
ذلك وقوله وفائدة التأقيت واضح وقوله على قصد دخول مكة قيد به لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم قال في
النهاية اعلم ان البيت لما كان معظما مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه
ان يتجاوزها الا بالاحرام تعظيما للبيت والاصل ان كل من قصد مجاوزة ميقاتين لا يجوز الا بالاحرام ومن قصد مجاوزة
ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه ان من اتى ميقاتا بنية الحج او العمرة او دخول مكة لا يجوز دخوله الا بالاحرام لانه قصد

الوجوب وما يتبعهما شرع في بيان اول الامكنة يتعلق فيها بافعال الحج وهي المواقيت التي لا يجوز ان
يجاوزها الانسان الا محرما والمواقيت جمع ح

مجاوزة ميقاتين ميقات اهل الافاق وميقات اهل الحل والحيلة لمن اراد من الافاقي دخولها بغير احرام ان يقصد بستان
بني عامر او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان عنده
ان الاحرام يجب عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج والعمرة فاما من اراد دخولها لقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبي عم
دخلها يوم الفتح بغير احرام وله في الداخل للتجارة قولان ولنا قوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم
هذه البقعة الشريفة لانه شرط للحج بدليل ان من كان داخل الميقات يحرم من دويرة اهله وتعظيمها لم يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره
فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه الشافعي من خصوصياته عم كما قال في خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تع
يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار الى يوم القيمة وقوله
ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل انه عم رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظاهر وقيل
انما صغر الدويرة تعظيما للكعبة كذا قاله علي وابن مسعود يعني ان اتمامهما ان يحرم من دويرة اهله وروي عن ابن عباس مثله
وقيل اتمامهما ان يفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية افضل والافضل التقديم عليهما لان الاتمام مفسر به
والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاداء وقوله وعن ابي حنيفة
ظاهر وقوله ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لا الحل الذي هو خارج
الميقات لانه يجوز احرامه من دويرة اهله لما تلونا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز ان يحرم من دويرة اهله
وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اي موضع شاء من الحل لان ما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان بمكة
ظاهر وقوله لورود الاثر اراد به قوله وامر اخا عائشة ان يعمرها من التنعيم

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذي يفعل في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا دخل في الحرم كاشتى اذا
دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلوة
والحج ومنها ما ليس كذلك كالصوم والزكوة واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عم اغتسل
لاحرامه وقوله الا انه استثناء من قوله الغسل افضل وكأنه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره
مقامه فقال الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها لما روي ان ابا بكر قال لرسول الله عم ان اسماء قد نفست فقال
مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتادى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة
يقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم اختاره اي اثره على الوضوء وضعف تركيبه
لا يخفى على المتأمل ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام والازار
من الحقو الى الحضر والرداء من الكتف لانه عم ائتزر وارتدى اي لبس الازار والرداء يدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر
ويبقي كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شيء عليه وقوله ولانه ممنوع ظاهر وقوله لانه اقرب
الى الطهارة لانه لم يصبه النجاسة ظاهر او مس طيبا اي وجد اي طيب كان في ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا
تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام كالمسك والغالية قال محمد كنت لا ارى باسا بذلك حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا ورايت
امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام وقيل لانه اذا عرق ينتقل الى موضع آخر من بدنه
فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني يؤيده ما روي انه عم راى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك
هذا الخلوق ووجه المشهور حديث عائشة قالت كنت اطيب رسول الله عم لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز ان يكون
ذلك الطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب ان من جملة حديث عائشة ولقد رايت وبيص الطيب
في مفارق رسول الله عم بعد الاحرام ولما كان ذلك معلوما من حديث عائشة اقتصر على ذكره ولان الممنوع عن المحرم التطيب
والباقي كالتابع له لاتصاله ببدنه ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام وبقي على

ذلك بعده فانه يكون ممنوعا ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء لانه مباين عنه فلا يكون تابعا وعن هذا اذا حلف لا يتطيب فدام
على طيب كان بجسده لا يحنث واذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وحديث الاعرابي محمول على انه كان على
ثوبه لا على بدنه قال وصلى ركعتين اذا اراد الاحرام صلى ركعتين لما روى جابر ان النبي عم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه
روى عمر ان النبي عم قال اتاني آت من ربي بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة معا ويقرأ فيهما
ما شاء وان قرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية
بفاتحة الكتاب وقل هو الله احد تبركا بفعله عم فهو افضل قال يعني محمدا وقال يعني الذي يريد الحج اللهم اني اريد الحج فيسره لي
وتقبله مني قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر قال الاول والحق بحديث جابر اي صلى النبي عم بذي الحليفة وقال اي النبي عم
والصحيح هو الاول لانه هو المثبت في الكتب المتقنة عن الاساتذة وقوله لان اداها اي اداء هذه العبادة تعليل لسوال التيسير
وقوله ثم يلبي يريد من اراد الحج عقيب صلوته اختلف الرواة في وقت تلبية رسول الله عم فقال ابن عباس لبى دبر صلوته
وقال ابن عمر لبى حين استوى على راحلته وذكر جابر انه لبى حين علا البيداء وابن عمر رد هذا فقال بيداؤكم هذه التي تكذبون فيها على رسول الله وانما
لبى عند المسجد حين استوت به راحلته وروي عن سعيد بن جبير قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية
رسول الله عم في دبر صلوته فسمع ذلك قوم من اصحابه فنقلوا وكان القوم يأتونه ارسالا فلبى حين استوت راحلته فسمع
قوم فظنوها اول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوا اول تلبية فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا
في مصلاه فعلمنا بان الاتيان بقول ابن عباس افضل لانه اكثر رواية باليمين والاتيان بقول ابن عمر جائز وقوله وان كان نوى
بالحج ظاهر وقوله والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى واختلفوا في معناه
فقيل مشتق من الب الرجل اذا اقام في مكان فمعنى لبيك اقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة لان التثنية ههنا للتكرير والتكثير
وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة اي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب وقيل من قولهم داري تلب دارك اي تواجهها
فمعناه اتجاهي لك مرة بعد اخرى والاول اشهر وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة
تلبية رسول الله عم وقوله ليكون ابتداء اي غير متعلق بما قبله لا بناء اذ الفتح صفة الاولى قيل مراده الحقيقة وهو المعنى القائم بالذات
لا الصفة النحوية وتقديره البي لان الحمد والنعمة لك اي وانا موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لانه يكون بتقدير اللام
اي البي لان الحمد وفيه بعد وقيل مراده انه صفة التلبية اي البي تلبية هي ان الحمد لك وعلى قول من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها
فقد خص وقوله وهو ذكر التلبية اجابة لدعوة الخليل على ما هو المعروف في القصة وهو ما روي ان الخليل عم لما فرغ من بناء
البيت امر بان يدعو الناس الى الحج فصعد ابا قبيس وقال الا ان الله امر ببناء بيت له وقد بني الا فحجوه فبلغ الله صوته الناس
في اصلاب آبائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومرتين واكثر من ذلك على حسب جوابهم يحجون ويؤيد
هذا قوله تع واذن في الناس بالحج يأتوك رجالا فالتلبية اجابة لدعاء الخليل ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره
من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي اما على قول ابي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح وفرق محمد بينهما بان
غير الذكر ههنا وهو تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلوة وبهذا فرق ابو يوسف
ايضا بين الصلوة والتلبية ولكن العربية افضل وقوله فلا ينقص عنه قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد
عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلوة فمن قال يصير به شارعا في الصلوة قال يصير به محرما ومن قال لا فلا
وقوله ولو زاد فيها جاز ظاهر وقوله ازدادوا على المأثور قال عبد الله بن مسعود اجهل الناس ام طال بهم العهد لبيك عدد
التراب لبيك اراد بالعهد عهد رسول الله وزاد وفي رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك ذا المعارج
لبيك اله الخلق لبيك والرغباء اليك لبيك من عبد آبق لبيك وقوله لان المقصود الثناء ظاهر والجواب
عن التشهد والاذان ان التشهد في تعليمه زيادة تأكيد قال ابن مسعود كان رسول الله عم يعلمنا التشهد كما يعلمنا سورة

من القرآن فالزيادة تخل به بخلاف التلبية لانها للثناء من غيره تاكيد فى تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة والاذان الاعلام وقد صار
معروفا بهذه الكلمات فلا يبقى اعلاما بغيرها وليس فى المسئلة كثير خلاف فانه جعل المنقول افضل فى رواية قال فى شرح الوجيز لا تستحب
الزيادة على تلبية رسول الله بل يكون مكروهة ونحن لا ننكر هذا كذا فى الاسرار قال واذا لبى فقد احرم من اراد الاحرام اذا
نوى ولبى فقد احرم ولا يصير شارعا بمجرد النية ولا بمجرد التلبية اما الاول فلان العبادة لا تتادى الا بالنية الا ان القدورى
لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها فى قوله اللهم انى اريد الحج واما الثانى فلانه عقد على الاداء اى على اداء عبادة تشتمل على
اركان مختلفة وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يعقد به التعظيم سواء كانت تلبية او غيرها عربيا او غيره فى المشهور
كما ذكرنا او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدى فانه يقوم مقامه فى حصول المقصود وهو اظهار الاجابة للدعوة وقال
الشافعى فى احد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزم الكف عن ارتكاب المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم
والجواب انا لا نسلم انه فى الاحرام التزم الكف بل التزم اداء الافعال والكف ضمنى لانه من محظورات الحج بخلاف الصوم
فان الكف فيه ركن فكان التزامه قصديا وقوله ويتقى ما نهى الله عنه ظاهر وقوله فهذا نهى بصيغة النفى الخ قال الليلى
الخلف فى كلام الشارع لوجوده من بعض وانما قال بحضرة النساء لان ذكر الجماع فى غير حضرتهن ليس من الرفث
روى عن ابن عباس انه انشد فى احرامه. وهن يمشين بنا هميسا. ان تصدق الطير ننك لميسا. فقيل له ارفثت وانت
محرم فقال انما الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تع ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم لا تقتلوا الصيد وانتم محرمون وقوله
ولا يشير اليه الاشارة تقتضى الحضرة والدلالة تقتضى الغيبة وقوله ولانه اى المذكور من الاشارة والدلالة والاعانة ازالة
الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين وهو حرام وقوله ولا يلبس قميصا ظاهر وقوله قال فى محرم توفى هو
الاعرابى الذى وقصت به ناقته فى اخافيق جرذان وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والاخافيق شقوق فى الارض
والجرذان جمع جرذ وهو ضرب من الفار فان قيل تمسك اصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على حكم هذا الحديث فى محرم
يموت فى احرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية راسه ووجهه بالكفن عندنا خلافا للشافعى وهو يتمسك هناك
بهذا الحديث اجيب بان الحديث فيه دلالة على ان للاحرام تاثيرا فى ترك تغطية الراس والوجه فانه عم علل لترك
التغطية بانه يبعث ملبيا والحجة لنا فى تغطية راس المحرم ووجهه اذا مات ما روى عطاء ان النبى عم سئل عن محرم
مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا تشبهوه باليهود ولقائل ان يقول لو كان للاحرام تاثير فى ترك تغطية الراس والوجه
لما امر بتخميرهما وقوله ولان المراة لا تغطى وجهها ظاهر وقوله وفائدة ما روى يعنى احرام الرجل فى راسه واحرام المراة فى وجهها
الفرق فى تغطية الراس يعنى الفرق بين احرامى الرجل والمراة بحيث يجوز للمراة تغطية الراس ولا يجوز للرجل ذلك لا ان
يغطى الرجل وجهه فى الاحرام وقوله ولا يمس طيبا الطيب ماله رائحة طيبة كقوله عم الحاج الشعث التفل والشعث
بالكسر نعت وبفتحها مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ان يترك التطيب حتى يوجد منه
رائحة كريهة وكذا لا يدهن لما روينا يعنى الحاج الشعث التفل قال ولا يحلق راسه. المحرم لا يحلق شعره مطلقا لقوله
تع ولا تحلقوا رؤسكم الآية وهو بعبارته ينهى عن حلق الراس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان شعر الراس استحق
الامن عن الازالة لكونه نابتا يحصل الارتفاق بازالته وهذا المعنى موجود فى شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص
لحيته ظاهر وقوله قضاء التفث يعنى ازالة الوسخ والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرائحة وفى القانون
الورس شىء احمر قانى يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن وقوله ولا ينفض اى لا يوجد منه رائحة الورس و
الزعفران والعصفر وعن محمد ان لا يتعدى اثر الصبغ الى غيره او لا يفوح منه رائحة الطيب والثانى مختار المصنف
لانه قال لان المنع للطيب لا للون واعترض على ما روى عن القدورى وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون
نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب ليس بناقض وانكر هذه الرواية وقيل بل هى على بناء

بناء المفعول ولئن كانت كان اسناده مجازيا وقال الشافعى لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون فى معنى
ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران وللحجة به وقلنا حديث الورس دليل فى العصفر بالاولوية لانه فوق الورس فى طيب
الرائحة وهو مذهب عائشة وقوله ولا باس بان يغتسل ظاهر والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير
وسئلت عائشة هل يشد المحرم الهميان فقالت استوثق بما شئت ولانه ليس فى معنى لبس المخيط والمنهى عنه الاستمتاع
بلبس المخيط وتوقف بشد الازار والرداء الحبل او غيره فانه مكروه بالاجماع وليس فى معنى لبس المخيط وبما اذا عصب العصابة
على راسه فانه مكروه ولو فعله يوما كاملا ما لزمه الصدقة وليس فى معنى لبس المخيط واجيب عن الاول بان الكراهة فيه ثبت
بنص ورد فيه وهو ما روى انه عم راى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق ذلك الحبل ويلك وعن الثانى بان لزوم
الصدقة انما هو باعتبار تغطية بعض الراس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا ان ما يغطيه يسير يكتفى فيه بالصدقة
وقوله لانه نوع طيب ولانه تقتل هوام الراس قيل لوجود هذين المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند ابى حنيفة
اذا غسل راسه بالخطمى فان له رائحة وان لم تكن ذكية وفى قول ابى يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه
تقتل الهوام قال ويكثر التلبية عقيب الصلوة وكلما علا شرفا المحرم يكثر التلبية فى حجته او فات على ما ذكر فى الكتاب وزاد
الاعمش عن خيثمة رضع سادسا وهو اذا استعطف الرجل راحلته والتعليل فى الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته بالتلبية
المستحب عندنا فى الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلانه مقصود كالاذان والخطبة وغيرهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما
هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت مستحبا وقوله واذا دخل مكة واضح وقوله وان تبرك بالمنقول منها اى من الد
عوات فحسن ومن المنقول هو انه اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة وزد
من شرفه وكرمه وعظمته من حجه او اعتمره تشريفا وتعظيما وتكريما ومهابة بسم الله الله اكبر وعن عطاء ان النبى عم كان
يقول اذا لقى البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر وقوله ثم ابتدا بالحجر ظاهر وقوله
واستلمه تناول الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهى الحجر وروى ان رسول
الله قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروى ان عمر فى خلافته اتى الحجر الاسود ووقف فقال اما انى اعلم انك
حجر لا تضر ولا تنفع ولولا انى رايت رسول الله عم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا فقال اما ان الحجر ينفع فقال له
وما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله عم يقول ان الله تع لما اخذ الذرية من ظهر آدم وقررهم بقوله
الست بربكم قالوا بلى اودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيمة وقوله
لانك رجل ايد اى قوى والعرجون اصل الكباسة وقوله ولو استلم الاركان يعنى الحجر الاسود والركن اليمانى وانما
جمعه باعتبار تكرار الاشواط وانما قلناه لانه ذكر فى الكتاب بعد هذا فانه لا يستلم غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود
معوج الراس كالصولجان وقوله وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل قيل يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء
كما كان يفعل فى سائر الادعية لان فى حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا فى البدل وقوله ثم اخذ عن يمينه مما يلى
الطواف وهو من الحجر فان افتتح من غيره لم يذكر محمد فى الاصل واختلف المتاخرون فقال بعضهم لا يجوز وهكذا
ذكر فى الرقيات ووجهه ان الامر بالطواف مجمل فى حق البداءة فالتحق فعل النبى عم بيانا له فيفترض البداءة به وقال
آخرون يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر فى الكتاب واما قيد باليمين لانه لو اخذ عن يساره وهو
الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيده ما دام بمكة وان رجع الى اهله قبل الاعادة
فعليه دم وقال الشافعى لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع رداءه قال فى المغرب الصواب رداءه وفى الصحاح اغا سمى
هذا الصنيع بذلك لابداء الضبعين وهو التابط ايضا وقوله فى حديث عائشة يعنى ما روى ان عائشة نذرت
ان فتح الله مكة على رسول الله ان تصلى فى البيت ركعتين فاخذ رسول الله عم بيدها وادخلها الحطيم من البيت الا

ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بنا البيت واظهرت قواعد الخليل عم
وادخل الحطيم في البيت والصقت العتبة بالارض من البيت وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن
ذلك فلم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفا الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث فيها ففعل ذلك واظهر
قواعد الخليل وبنى البيت على قواعد الخليل بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بنا الكعبة على ما فعله ابن الزبير
فنقض بناها واعاده على ما كان عليه في الجاهلية واذا كان من البيت فلا بد من دخوله في الطواف وباقي كلامه واضح قال ويرمل في
الثلث الاول قال ابن عباس رضع لا رمل في الطواف وانما فعله رسول الله عم في عمرة القضا وهو انه عم لما قدم مكة للعمرة
عام الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام
الثاني اخلوا له البيت ثلثة ايام وصعدوا الجبل وطاف رسول الله عم مع اصحابه فسمع بعض المشركين يقول البعض اضناهم حمى يثرب
فاضطبع رسول الله عم فرمل وقال لاصحابه رحم الله امرأ اري من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك
المعنى الآن فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله روى جابر وابن عمر ان
النبي عم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وقوله ويمشي في الباقي على
هينته اي على السكينة والوقار فعلة من الهون والرمل من الحجر الى الحجر اي من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل قام
يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلث وقوله ويستلم الركن اليماني واليمن خلاف الشام لانها بلاد على يمين الكعبة
والنسبة اليها يمني بتشديد اليا او يمان بالتخفيف على تعويض الالف من احدى ياءي النسبة وقوله حسن يعني مستحب وقوله
ثم ياتي المقام اي مقام ابراهيم وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة عندنا وقال ش فهي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا
قوله عم وليصل الطائف لكل سبوع ركعتين واللام للوجوب واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب
الحديث والثاني ان حديث الاعرابي وهو انه عم حين علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال له هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع
يعارضه وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني
بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على ان صلوة الجنازة وصلوة العيدين واجبة وليس في الحديث بيانهما ويحتمل
ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث وقوله وهذا الطواف طواف القدوم هذا الطواف له اربعة اسام طواف القدوم
وطواف التحية وطواف اللقا وطواف اول العهد وقوله وهو سنة ظاهر وقوله وفيما رواه سماه تحية جواب عن استدلال ك
بالحديث وهذا لان التحية في اللغة اسم لاكرام يبتدى به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كما
في قوله تع فحيوا باحسن منها اوردوها بلفظ التحية ورد السلام واجب اجيب بان المامور به الاحسن وهو ليس بواجب سلمناه لكن ذكر لفظ
التحية وقع بطريق المشاكلة وقوله وليس على اهل مكة ظاهر وقوله ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة
الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فجعله تابعا للفرض اولى لكن العلماء رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر
الذي وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف
على الناس وقوله ثم ينحط اي ينزل نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة والوقار فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين
قال جابر لما صعد النبي عم الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله
وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمس وعشرين اية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة
فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز
الاكرم وقوله ويفعل كما فعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلوة على النبي عم والدعا لحاجته وقوله وهذا شوط يطوف
سبعة اشواط يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف بينهما سبعة اشواط من الصفا
الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك شوطا آخر والاصح ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك رسول الله عم اتفقوا على انه

انه طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قاله الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي
حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف دوران لا يتاتى الا بحركة دورية فيكون المبدأ والمنتهى واحدا
بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه وقوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن
الوادي وقوله وانما يبدأ بالصفا ظاهر ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن عندنا وقال ش فهو ركن لقوله عم ان الله
كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تع فلا جناح عليه ان يطوف بهما ووجه الاستدلال ما ذكر ان مثله يستعمل للاباحة
كما في قوله تع ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا وما يستعمل للاباحة ينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه اي عن ظاهر
الاية في الايجاب اي تركنا العمل بظاهره في نفي الايجاب ولم يذكر ما اوجب العدول واختلف فيه الشارحون فمنهم من
قال عملا بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب منهم من قال باول الاية وهو قوله تع ان الصفا والمروة من شعائر الله
فان الشعائر جمع الشعيرة وهي العلامة وذلك يكون فرضا فاول الاية يدل على الفرضية وآخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا
بالوجوب لانه ليس بفرض علما وهو فرض عملا فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنية
لا تثبت الا بدليل مقطوع به وما رويتم ليس كذلك وقوله ثم معنى ما روى تاويل للحديث وقيل في قوله تع كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت نظر لان الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا ثم نسخت فكان كتب دالا على الفرضية والجواب ان
ذلك ليس بمجمع عليه بل قال بعضهم ليست بمنسوخة بل تجمع للوارث بين الوصية والميراث وللمانع يكفي ذلك فان قيل
ما بال المص اعرض عن الاستدلال بحديثه فانه لكونه خبر واحد دل على الوجوب من الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لان راويه
عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قال النسائي ويحيى بن معين والدارقطني وقال احمد احاديثه منكرة وقوله ثم يقيم بمكة حراما اي
محرما لانه محرم بالحج لشروعه فيه وكل من كان محرما بالحج لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا لم يات بها وقوله خبر موضوع فكذا الطواف
قيل الآن طواف التطوع افضل للغربا وصلوة التطوع افضل لاهل مكة لان الغربا يفوتهم الطواف ولا يفوتهم الصلوة واهل
مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلوة افضل وقوله والتنفل بالسعي غير مشروع لانه ثبت بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا
بالقياس على الطواف ولا مجال له فيه وقوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني
خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلوة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى واما في خطبة عرفات
فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلوة الظهر وقوله فالحاصل ان في الحج ثلث خطب ظاهر وقوله فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو
اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابرهيم عم راى ليلة التروية كان قائلا يقول ان الله يامرك بذبح ابنك هذا
فلما اصبح تروى اي تفكر في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى
راى مثل ذلك فعرف انه من الله تع فمن ثم سمي يوم عرفة ثم راى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم النحر وقيل انما سمي
يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالما من العطش في هذا اليوم ويحملون الما بالروايا الى عرفة ومنى وانما سمي يوم عرفة لان جبرائيل عم
علم ابرهيم عم المناسك كلها يوم عرفة فقال اعرفت في اي موضع يطوف وفي اي موضع يسعى وفي اي موضع يقف وفي اي
موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة وسمي يوم الاضحى به لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها
لما روينا انه عم راح الى عرفات وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله اي قبل طلوع الشمس صح ويجوز به قوله وهذا اي التوجه بعد
طلوع الشمس وقوله اما لو دفع قبله عليه قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لان البصر للشان
لا يتعلق بهذا المقام يعني ما حكم من المناسك مجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الاعظم
لا يقال لم لا يجوز ان يكون المكث بمنى الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك
انما يثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله وينزل بها اي بعرفة مع الناس لان الانتباذ اي الانفراد تجبر وقوله وقيل مراده يعني
من قوله مع الناس ان لا ينزل على الطريق وقوله واذا زالت الشمس يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدى

فيخطب خطبة يعني قبل الصلوة ولفظ يبتدئ يشير الى ذلك وقوله هكذا فعله رسول الله عم روى جابر ان النبي عم لما زالت
الشمس امر بالقصوا فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولو
ولنا ما روينا اشارة الى قوله هكذا فعله رسول الله عم وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في
الجمعة عن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في
سائر الايام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة قال بعض الشارحين وهذا اصح عندي وان كان على خلاف ظاهر الرواية
لما صح من حديث جابر قال المص والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الرواية لان النبي عم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون
بين يديه ووجه الصحة ان رواية جابر تقتضي الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضا فصرنا الى ما بعدهما من الحجة
وهو القياس على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر
والعصر في وقت الظهر اي يصلي الامام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين اما نفس الجمع بين الصلوتين
فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فيما روى جابر انه عم صلاهما باذان واقامتين
وبيانه ما ذكر في الكتاب ولا يتطوع بين الصلوتين يعني لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما يروى عن محمد فانه يقول
لا يعيد الاذان الاول لان الوقت قد جمعهما فيكتفى باذان واحد كما في العشاء والوتر ووجه الظاهر ما ذكره ان الاشتغال
بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول وقطع فور الاذان الاول يوجب اعادته للعصر لان الاذان للاعلام وكل صلوة
اصل بنفسها الا انه اذا جمع بينهما استغنينا عن الاعلام واذا انقطع عاد حكم الاصل وقوله فان صلى بغير خطبة ظاهر وقوله
ومن صلى الظهر في رحله اي في منزله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة وقالا المنفرد وغيره سيان في الجمع بينهما ومبنى
الاختلاف على ان تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعة او لامتداد الوقوف فعنده للاول وعندهما للثاني لهما ان
جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف بدليل انه لا جمع على من ليس عليه الوقوف وان الحاج يحتاج الى الدعاء في وقت
الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع ولابي حنيفة ان
المحافظة على الوقت فرض بالنصوص قال الله تع حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وقال ان الصلوة كانت
على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك فيما ورد عن النبي عم والخلفاء الراشدين مع وفور
الصحابة من الجمع بالجماعة مع الامام فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم لصيانة الجماعة جواب عن قولهما وتقريره لا نم
ان جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لان الموقف موضع
واسع ذو طول وعرض فلا يمكنهم اقامة الجماعة الا بالاجتماع وانه يتعذر مرتين في العادة فعجل العصر لئلا يفوتهم فضيلة الصلوة
بالجماعة لحق الوقوف لان الجماعة تفوت لا الى خلف وحق الوقوف يتادى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين الوقوف
والصلوة لان الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلوة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضي وغير ذلك وفي كلامه تسامح
لانه جعل علة تقديم تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم العصر على وقته وههنا جعل علته صيانة الجماعة فان
كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن ليس كذلك لان المقصود منه اداء اعظم ركني الحج وان كان غير ذلك
تناقض كلامه وتوارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك غير جائز ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود من الوقوف
شيئان احدهما عاجل والثاني آجل والاول هو امتداد المكث لاجل الدعاء لمصالح دينه ودنياه والثاني اداء الركن وصيانة
الجماعة فيجوز ان يكون تقديم العصر معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الاول وصيانة الجماعة من حيث الثاني
واذا اختلفت الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين والحاصل انهم اتفقوا على ان المقصود منه للمكلف هو الامتداد
لاجل الدعاء في المكث ولكنهم اختلفوا في وجود غيره فقالا ما ثمة غيره وفيه المنفرد والجمع سواء وقال بل ثمة غيره وهو ما لا من
صيانة الجماعة وليس المتفرد فيه كالجماعة ثم عند ابي حنيفة الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير

المغير عن وقته واشتراط الامام للتغير ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على
ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج وكل ما كان شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا
الخلاف الاحرام بالحج قال ابو حنيفة الاحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلوة العصر وثمرته تظهر في حلال
لو صلى الظهر مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر مع الامام لم يجزه العصر الا في وقتها عند ابي حنيفة وعند زفر يجزئ ثم لا بد من الاحرام
بالحج قبل الزوال في رواية لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشيء يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس مقارنا والمتقدم على احد المتقارنين
متقدم على الآخر وفي رواية اخرى يكتفي بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الامام الى الموقف اي بعد الجمع
بين الصلوتين يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل لان النبي عم راح الى الموقف عقيب الصلوة قوله والجبل يسمى جبل الرحمة
ظاهر وقوله بطن عرنة واد بحذاء عرفات فيه صلى اي النبي عم فيه الشيطان فكان نظير النهي عن الصلوة في الساعات الثلث
والمزدلفة انما سميت بها لاجتماع فيها وقوله تع وازلفنا ثم الآخرين اي جمعناهم وقيل من الازلاف بمعنى التقرب ومنه
قوله تع وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات ووادي محسر بكسر
السين والتشديد ما هو بين مكة وعرفات وقوله كالمستطعم المسكين في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة في تحقيق المدعى الشي
انما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله وان ورد الآثار ببعض الدعوات عن علي رض انه عم قال ان اكثر
دعائي ودعاء الانبياء من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو
على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح صدري ويسر لي امري واعوذ بك
من وساوس الصدور وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما يلج في النهار وشر ما تهب به الرياح وقوله الا في
الدماء والمظالم اي الا في حق الدم الذي وجب بعضهم على بعض قصاصا وعجزوا عن استيفائه وفي حق المظلمة التي وجبت
لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف وقيل قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة وقوله ويلبي في موقفه يعني يستديم
ذلك الى ان يرى اول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة باللسان والاجابة باللسان
قبل الاشتغال بالاركان كتكبيرة الافتتاح في الصلوة ولنا ما روى ان النبي عم اردف الفضل فاخبر الفضل انه لم يزل
يلبي حتى رمى الجمرة ولان التلبية في الحج كالتكبير في الصلوة في كونه ذكرا مفعولا في افتتاح العبادة وتكرر في اثنائها فكان القياس ان
يكون الى آخر جزء من الاحرام وذلك انما يكون عند الرمي وقيل كان القياس ان يكون الحج كالتكبير في الصلوة الا ان القياس
ترك فيما بعد الرمي بالاجماع فبقي فيما وراءه على اصل القياس قوله والناس على هينتهم امامهم اتباعا للسنة قال رسول الله عم
ايها الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار والنبي عم دفع بعد غروب الشمس يمشي على
هينته في الطريق ولان فيه اظهار مخالفة المشركين فانه روى انه عم خطب عشية عرفة فقال ايها الناس ان اهل الجاهلية
والاوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بها رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدينا ليس كهديهم
فادفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر عم وامر به اظهار المخالفة المشركين فليس لاحد ان يخالف ذلك وقوله ولم يجاوز حد عرفة
الحرة اشارة الى انه لو جاوزها قبل الامام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام
منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي
عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لانها اشارة الى قوله لانه يدعو ويعلم وقوله ويصلي الامام بالناس باذان واقامة اي في وقت
العشاء وقوله ثم يعشي اي اكل العشاء وقوله ولا يشترط الجماعة بهذا الجمع اي بجمع المزدلفة عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة
عن وقتها موافق للقياس لان القضا مشروع في جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد النص فالنص وان ورد في تاخير المغرب
عند وجود الجماعة لكن لا يشترط فيه الجماعة واما تقديم الصلوة على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فراعى لذلك جميع ما ورد فيه
النص وانما خص ابا حنيفة بالذكر لان الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق اي في طريق

المزدلفة وحده لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وكذلك لو صلاها بعرفات
وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها لابي يوسف انه اداها في وقتها ومن ادى صلوة في وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد
طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عم قال لاسامة بن زيد حين افاض من عرفة ومال الى
الشعب ليقضي حاجته فتوضاء وقال له اسامة يا رسول الله اتصلي الصلوة فقال الصلوة امامك يعني وقت الصلوة امامك لان الصلوة فعل
المصلي فلا يتصور ان يكون امامه ولكنها يذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تع فخلف من بعدهم خلف اضاعوا الصلوة وفسر بعضهم
بان معناه مكان الصلوة امامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا اي قول النبي عم اشارة الى ان التاخير
واجب لانه لو لم يكن كذلك كان معناه القضاء بعد خروج الوقت وتفويت الصلوة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عم فيجب النظر
في سببه فاما ان يكون اتصال السير او امكان الجمع بين الصلوتين في المزدلفة لا سبيل الى الاول لان ميله عم الى الشعب وقضاء
حاجته يأباه فتعين الثاني فمهما كان ممكنا لا يصار الى غيره والامكان ما لم يطلع الفجر فيجب الاعادة ما لم يطلع واما اذا طلع فقد فات
الامكان فسقط الاعادة واعترض بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تع ان الصلوة كانت على
المومنين كتابا موقوتا واجاب شيخ شيخي العلامة بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول في الصدر الاول وعلو انه يجاز
ان يزاد به على الكتاب واقول قوله تع ان الصلوة كانت على المومنين الآية ونحوها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات
وانما دلالتها على ان للصلوة اوقاتا وتعيينها ثبت اما بحديث جبرئيل عم او بغيره من الاحاد او بفعله عم ومثل ذلك لا يفيد
القطع فجاز ان يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله عم وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضاء فتعين ان يكون ذلك وقته
وسئل عن ابي يوسف بان صلوة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة اولا فان كان الاول فلا يجب الاعادة
لا في الوقت ولا بعده وان كان الثاني وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت واجيب بان الفساد
موقوف يظهر اثره في ثاني الحال كما مر في مسئلة الترتيب فصل واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس اي اذا طلع الفجر
يصلي الامام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة آخر الليل وفي بعض الشروح ناقلا عن الديوان آخر ظلمة الليل وهو اوفق لما نحن فيه على ما
سيظهر قوله لرواية ابن مسعود قال ما رايت رسول الله عم صلى صلوة الا لوقتها الا بجمع فانه جمع المغرب والعشاء وصلى صلوة
الصبح من الغد قبل وقتها ولقائل ان يقول الدليل المنقول والمعقول اللذين ذكرهما المص غير مطابق للمدلول اما المنقول
فلانه يدل على انه عم صلاها بغلس والمدلول قوله تع اذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقريره في التغليس
دفع حاجة الوقوف ودفع حاجة الوقوف يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته فيكون هنا كذلك تصحيحا للتشبيه
وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود هو عبد الرحمن ابن يزيد وقد روى البخاري عنه في صحيحه انه
قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلوتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على
ان المراد بقوله قبل وقتها قبل وقتها المستحب لان الظاهر ان الراوي لا ينقل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيحين
فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس
بالفجر وهو في وقتها اولى وقوله ثم وقف ووقف معه الناس ظاهر وقوله حتى الدماء والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بان
يرضى الخصوم بالازدياد في مثوباتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدماء والمظالم قوله وقال الشافعي انه ركن قال في النهاية ونسبة
هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب الى انه ذكر في كتبهم ان الوقوف بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان
الشافعي وذكر في فتاوى قاضي خان مالك مكان الشافعي ويجوز ان يكون المص قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل
بقوله تع فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية لان الله تع امر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكن ذلك فيه الا بعد حضوره
والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روي انه عم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان
المامور به لا يجوز تركه لعذر وقوله والمذكور فيما تلى الذكر جواب عن استدلاله بالآية وتقريره ان المامور به في الآية هو الذكر

الذكر ليس بركن بالاجماع فكذا ما كان وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله وانما عرفناه ظاهر وقوله لما روينا يعني به قوله
انه عم قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث ان المراد من تعليق تمام الحج في قوله عم من وقف معنا هذا الموقف
الحج من حيث الكمال وهو الاتيان بالواجب لا من حيث الجواز وقوله لما روينا من قبل يعني قوله عم والمزدلفة كلها
موقف وارتفعوا عن وادي محسر وقوله هكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي عم
دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر قالا ان النبي عم وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى
منى واقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور المسئلة وقوله
فيبتدى بجمرة العقبة الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا احدها الوقت وهو يوم النحر وثلثة ايام بعده والثاني في موضع
الرمي وهو بطن الوادي يعني من اسفله الى اعلاه والثالث في محل المرمي اليه وهي ثلثة جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى
والرابع في كمية الحصاة وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو ان يكون مثل حصى الخذف والسادس
في كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل ياخذ الحصى بطرف ابهامه وسبابته والسابع في مقدار الرمي وهو ما
ذكره في الكتاب والثامن في صفة الرامي وهو ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما والتاسع في موضع وقوع
الحصاة والعاشر في الموضع الذي يوخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب والحادي عشر فيما يرمى وهو ما كان من
جنس الارض والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول جمرة العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها وكلاهما واضح في الكتاب
وقوله فيتشاءم به ولا يتبرك بيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس ما بال الجمار ترمى من وقت
الخليل عم ولم تصر هضابا تسد الافق فقال اما علمت ان من يقبل حجه يرفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه
حتى قال مجاهد رح لما سمعت هذا من ابن عباس جعلت على حصياتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب
ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيئا من الحصاة وقوله ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا اعترض عليه
بالفيروزج والياقوت فانهما من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لم يقع معتدا بها في
الرمي واجيب بان الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما وقال الشافعي لا يجوز الرمي
الا بالحجر اتباعا للماثور به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا انه غير معقول ولكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك
يحصل بالطين كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل عم ولم يكن في الحجر بعينه مقصودا انما مقصود فعل الرمي اجزاء ولا
الذهب والفضة ولا الجواهر لانه يسمى نثارا لا رميا فصل ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر كلامه واضح وقوله لما
بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين روى نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله عم قال اللهم ارحم المحلقين
قالوا والمقصرين وفي رواية اخرى كرر عم ثم قال في الرابع والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل وقوله
مقدار الانملة قيل هذا التقدير روي عن ابن عمر ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر بموسى على راسه لانه ان عجز عن
الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبيه واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا وقوله لانه من دواعي الجماع يعضده ان المعتدة
يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة والمس بشهوة ولنا ما روت ان عائشة
اذا حلق الحاج حل له كل شيء الا النساء وقالت طيبت رسول الله عم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف بالبيت وهذا
لا يشك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي قال الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق
لانه لا يفسد الاحرام بحال ولنا انه قضاء الشهوة بالنساء فيوخر الى تمام الاحلال بالطواف وهذا لان دواعي الجماع
ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف وقيل الحلق قوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا يعني اذا رمى جمرة
العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال الشافعي يتحلل ويحل له كل شيء الا النساء وهو يقول انه يتوقت بيوم النحر وكل ما هو
كذلك هو محلل كالحلق ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه وقوله

بدم الاحصار فانه محلل فليس بمحظور الاحرام واجيب بان المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير
اليه لضرورة المنع وقوله بخلاف الطواف جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام وانما هو
ركن وتقريره ان التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله ثم ياتي مكة من يومه يعني اول ايام النحر وقوله ووقته
ايام النحر اي وقت طواف الزيارة وقوله وكان وقتهما واحدا اي وقت الاضحية ووقت طواف الزيارة الا ان الاضحية
لم تشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع بعد ذلك الا انه يكره تاخيره عن هذه الايام على ما يجئ وقوله واول وقته
ظاهر وقوله والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي لان النبي عم انما رمل في طواف العمرة وهو طواف بعده سعي وقوله
لما بينا اشارة الى قوله وليصل للطائف لكل اسبوع ركعتين واللام للوجوب وانما لم يقل لما روينا لانه ذكر فيه وجه
التمسك بالوجوب فكان قوله بينا اشمل واعم من قوله روينا وقوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله الا انه اخر
عمله في حق النساء جواب عما يقال اذا كان الحلق السابق محللا فكيف بقيت النساء محرمة وتقريره ان عمله تاخر
في حق النساء ليقع الطواف الذي هو ركن في الاحرام لئلا يقع التهاون في امره وقوله وهذا الطواف اي طواف
الزيارة هو المفروض في الحج وقوله ثم يعود الى منى يعني بعد طواف الزيارة فيقيم بها لان النبي عم رجع اليها كما روينا
يعني ما تقدم ان النبي عم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وقوله ولانه بقي عليه
الرمي ظاهر وقوله ويقف عند الجمرتين يعني الجمرة الاولى والوسطى في المقام الذي يقف فيه الناس هو اعلى الوادي
وقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن حديث مشهور والمواطن عند افتتاح الصلوة والقنوت في الوتر
وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين عند الجمرتين يدل على انه لا يقيم عند
جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد وفي سائر الادعية لا يفعل كذلك لان الرفع ينافي السكينة والوقار
فيتبين في موضع ورود النص ويترك في الباقي على اصل الدليل تعالى فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد الزوال
يعني اذا زالت الشمس من اليوم الثالث من ايام النحر رمى الجمار الثلث مثل ما رمى في اليوم الثاني وان اراد ان
يتعجل النفر اي الذهاب والخروج من منى الى مكة في الثالث من ايام النحر فعل ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث
في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تع فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه فمن تعجل في اليوم الثاني
والثالث من ايام النحر ومن تاخر الى اليوم الرابع فلا اثم عليه لمن اتقى وقوله لمن اتقى متعلق بهما جميعا اي ذلك التخيير
ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شئ منهما فيحسب ان احدهما يوهم صاحبه في الاقدام عليه
وانما خص المتقي لانه هو الحاج في الحقيقة عند الله وقوله وفيه خلاف الشافعي فانه ينقطع عنده خيار النفر بغروب
الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت
لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر ثابتا فيه كما قبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فانه
وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك وقوله اعتبارا بسائر الايام اراد بالايام اليومين اعني الثاني والثالث
لان رمي جمرة العقبة في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف فقوله بخلاف اليوم الاول والثالث يعني الاول والثاني
مما يرمي فيه الجمار الثلث لا الاول والثاني من ايام النحر وقوله في المشهور من الرواية احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة
انه كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا باس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعده فهو افضل
وان لم يكن ذلك من قصده لا يجوز ان يرمي الا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة
الا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول ووجه الظاهر انه عم لم يرم فيه الا بعد الزوال وقوله ثم عند ابي حنيفة
حاصله ان ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة وما بعده الى الزوال وقت
مسنون وما بعد الزوال الى الغروب وقت الجواز من غير اساءة والليل وقت الجواز بالاساءة كذا في مبسوط شيخ

الاسلام وعن ابي يوسف انه يمتد اي وقت الرمي في اليوم الاول الى وقت الزوال لان الوقت يعرف بتوقيف الشرع والشرع
ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له والحجة عليه ما روينا يعني قوله عم ان اول نسكنا في هذا اليوم وقوله وبيان الافضل
مروي عن ابي يوسف يعني به ما حكي عن ابرهيم الجراح قال دخلت على ابي يوسف في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا
افضل ام ماشيا قلت ماشيا فقال اخطات فقلت راكبا فقال اخطات ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا افضل
وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكبا افضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت
من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روى جابر ان النبي عم رمى الجمار كلها راكبا فانما فعله ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا
به فيما يشاهدونه منه وقوله ولو بات في غيره اي في غير منى متعمدا لا يلزمه شئ عندنا خلافا للشافعي فانه قال ان ترك البيتوتة فعليه مد
وان تركها ليلتين فعليه مدان وان ترك ثلث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجابر بترك الرمي ولنا انه وجب
ليسهل عليه الرمي في ايامه يعني ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلما لم يكن مقصودة
لنفسها لم يكن من افعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة بمنى ليلة العيد فصل ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة اي الثقل
بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع اثقال والمحصب اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول
الله عم قصدا هو الاصح حتى يكون سنة وقوله هو الاصح احتراز عن قول ابن عباس ان النزول به ليس بسنة لكنه موضع
نزل فيه رسول الله عم اتفاقا والاصح عندنا انه سنة ونزل فيه رسول الله قصدا على ما روي انه قال لاصحابه بمنى انا نازلون
غدا بالخيف خيف بني كنانة والخيف بسكون اليا المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب وقوله ويسمى طواف الوداع
الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كالسلام والكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف
القدوم الا يرى ان كل واحد منهما ياتي به الافاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالافاقي والمكي فيه سواء ولنا
قوله عم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده الطواف وانه رخص للنساء الحيض وذلك ايضا دليل الوجوب والا لم يكن لتخصيص
الرخصة بالحيض فائدة والمكي والافاقي في واجبات الحج سواء فيما اذا كانت العلة مشتركة وههنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف
التوديع وليس بموجود في حق المكي ولا في حق من سكن بها قبل النفر ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له ان يخرج لا يقال
لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الافاقي لان ركن العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعا له وقوله لما قدمنا يعني في
موضعين من قوله عم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين وقوله لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف
او نفلا وقوله ويأتي زمزم اي بعد تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاقه خده بجدار الكعبة ياتي زمزم فيشرب من ماءها
ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني اسئلك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء وقوله فهذا بيان تمام
الحج يعني الحج الذي اراده صلعم بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط

فصل لما ذكر احوال الحج على الترتيب واتبعها الحق مسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه
الى عرفات ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذلك قوله
ومن ادرك الوقوف بعرفة ومالك كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس متمسكا بقوله عم الحج عرفة فمن
وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس وهو محجوج بما روينا انه وقف بعد
الزوال وقوله ثم اذا وقف بعد الزوال ظاهر وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان يكون افاضته
بعد الغروب واستدل بقوله عم من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الزيادة
غير مشهورة وانما المشهور من فاته عرفة فقد فاته الحج وفيما روينا وهو قوله عم ساعة من ليل او نهار دليل على ان من حصل الوقوف
في جزء من وقته يصير مدركا فكان حجة عليه وقوله ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه ظاهر وقوله والجهل يخل بالنية وهي
ليست بشرط لكل ركن جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة والاخلال بها اخلال بالحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا

ان الجهل يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك ان لو كانت شرطا لكل ركن وليس كذلك بل اذا كانت
له موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة او دلالة استغنى عنها عند وجود كل ركن اذا لم يكن ثمه صارف وانما
قلت اذا لم يكن ثمه صارف احترازا عما اذا طاف بالبيت هاربا او طالب غريم ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان
كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصده الهروب او اللحوق وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها باقية بالا
ستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف وقوله ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه واتفق علماؤنا ان الاحرام يقبل النيابة
حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك
فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج البيت واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به
اولا فذهب ابو حنيفة الى انه استنابة كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورة ذلك ان يحرم عنه الرفقا نيابة مع انهم
احرموا عن انفسهم ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه ايضا بطريق النيابة كالاب يحرم عن
ابن صغير معه وكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النائب وعبارة النائب فيه كعبارة المنوب حتى لو جنى
النائب صيدا كان عليه الجزاء من قبل اهلاله عن نفسه وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمى عليه شيء وفيه بحث من وجهين
احدهما ان الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فاحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام
بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره به متوضيا وان نوى المتوضي عنه وههنا يصير
غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم ان لو كان المحرم هو النائب في الاحرامين من كل وجه وليس
كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النائب على ما ذكرنا وعن الثاني ان التشبيه بالوضوء في ان كل واحد منهما
شرط يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء بالتوضئة بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيصح له ان يصلي بذلك الوضوء وفي
هذا يتولى النائب الاحرام بنفسه ثم فائدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز عنده كما لو امر به
لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم بنفسه فظاهر واما انه لم ياذن لغيره
فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض وما ثم دلالة لانها تتوقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام
لانه اذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره
بذلك صريحا ولابي حنيفة ان الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن
مباشرته بنفسه وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا بهم على تحصيله والاستعانة
اذن بالاعانة لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة وقوله والعلم ثابت جواب عن قولهما والدلالة تتوقف على العلم وتقريره
ان العلم ان كان شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فثبت الاذن دلالة والدلالة
تعمل عمل الصريح اذا لم يخالفها صريح فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت الاصح ان ينابوا عنه في
ادائها صحة الا ان الاولى ان يقفوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى ادائه لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال انما صحت
النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروه المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به
كان هو الطائف فان قلت هل لتقييد الاهلال بالرفقاء فائدة قلت اختلف فيه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني
كان يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية
بل هو من باب الاعانة وقد قال الله تع وتعاونوا على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء والمراة في
جميع ذلك كالرجل المراة في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب بقوله تع ولله على الناس حج البيت تناول
الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجل الا اشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف راسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها
بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق وتقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخف

والخف والقفازين ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا وحسه جميع ذلك مذكور في الكتاب وقوله
ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيدا قتله في احرام ماض او شيئا من الاشياء كبدنة المتعة والقران وتوجه معها
يريد الحج فقد احرم لقوله عم من قلد بدنة فقد احرم وهذا بناء على ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا يعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شيء
اخر اليها كتكبيرة الافتتاح في الصلوة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق الهدي في معنى التلبية في
اظهار اجابة دعاء ابرهيم عم لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة قيل قوله واظهار الاجابة معطوف على اسم ان ان
قرئ منصوبا وعلى محلها ان قرئ مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى التلبية واقول هو من تمام الاول وتقريره
المقصود من التلبية اظهار الاجابة قد يكون بالفعل وقد يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة يكون
بلبيك وتارة بالحضور والامتثال بين يديه فيصير به اي بالسوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام فحصل الاجابة لبى
او لم يلب وانما قال بدنة لان الغنم لا يقلد وهذا لان التقليد لئلا يمنع من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا فيما يغيب عن صاحبه
كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله فان قلدها وبعث بها ظاهر وكانت الصحابة مختلفين
في هذه المسئلة على ثلثة اقاويل فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من
قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاتفاق الصحابة في هذه الحالة وقوله فان ادركها وساقها او ادركها ردد بين السوق وعدمه
لان الرواية قد اختلفت فيه شرط بعض في المبسوط السوق مع اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين وقوله
وقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادرك ولم يسق وساق غيره فلان فعل الوكيل
بحضرة الموكل كفعل الموكل قوله الا في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لا بد من ذكره
وهو انه في بدنة المتعة انما يصير محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك الهدي ويسير معه وكذا
في الزيادات لان تقليد هدي المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال المتعة وافعال الحج قبل اشهر الحج لا يعتد بها
فيكون تطوعا وفي هدي التطوع ما لم يدرك ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وقوله وجه القياس ما ذكرنا
يريد قوله لم يوجد منه الا مجرد النية الخ ووجه ما ذكره في الكتاب وقوله ابتداء احترازا عما وجب جزاء وقوله لانه يختص بمكة
دليل كونه نسكا وقوله ويجب شكرا للجمع بين النسكين بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدي
المتعة مختصا بمكة وغيره قد يجب بالجناية بان اصاب صيدا قبل وصوله الى مكة وقوله فان جلل بدنة او اشعرها التجليل الباس
الجل واشعار البدنة اعلامها بشيء انها هدي من الشعار وهو العلامة وكلامه واضح وقوله والصحيح من الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا يعني في موضع البدنة ولئن ثبتت تلك الرواية التي رواها قلنا التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على
اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تع من كان عدوا لله وملائكته
ورسله وجبريل وميكال فان الله عدو للكافرين

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع فقدمه في الذكر اعلم ان المحرم
على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك بعمرة ثم ياتي بافعالها وقارن وهو
من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحجة وعمرة ثم ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من
ياتي بالعمرة في اشهر الحج او باكثر طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا والقران
افضل هذه الاقسام عندنا وقال الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة افضل وقال مالك التمتع
افضل من القران لان له ذكرا في القران قال الله تع فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران فيه وللشافعي حديث عائشة
انما اجرك على قدر نصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة اولى ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر
والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ

بصفة الكمال اولى ولنا ما رواه الطحاوى فى شرحه للآثار انه عم قال يا آل محمد اهلوا بحج وعمرة معا ولان فى القران جمعا بين العبادتين
وذلك افضل كما اذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة فى سبيل الله بحماية الغزاة بالليل والصلوة فيه وقوله والتلبية
غير محصورة جواب عن قوله ولان فيه زيادة التلبية وتقريره ان المفرد كما يكرر التلبية مرة بعد اخرى فكذلك القارن فيجوز ان يقع
تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد وقوله والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود هو الحج والسفر
وسيلة اليه فلا يوجب عدمه نقصانا فى الحج وذلك لانه يتقدم على الاحرام فعدمه لا يوجب نقصانا فيه وقوله والحلق خروج عن العبادة
يعنى فلا يؤثر فيها الترجيح به وقوله والمقصد بما روى يعنى قوله عم القران رخصة نفى قول اهل الجاهلية ان العمرة فى اشهر الحج من افجر
الفجور اى اسوء السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لان القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر
الحج قبل الاسلام كانت للحج فادخل الله تع العمرة فى اشهر الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما فى وقت واحد
توسعة على الناس فسماه رخصة ويجوز ان يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كشرط الصلوة فى السفر والرخصة فى مثله عزيمة عندنا
وقوله وللقران ذكر فى القرآن جواب عن قول مالك لان المراد بقوله تع واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله
على ما روينا من قبل يعنى فى فصل المواقيت وقوله ثم فيه اى فى القران شروع فى الترجيح بعد تمام الجواب فان قيل المامور بالحج
اذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران افضل لما كان مخالفا لانه اتى بالمامور به مع زيادة اجيب بانه مامور بصرف النفقة الى عبادة
يقع له على الخلوص وهى افراد الحج لو قصد بها الى عبادة يقع للآمر وعبادة يقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل ان يقول هل دخل
فى المامور به نقص بالقران اولا فان كان الاول فليس القران افضل وان كان الثانى لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه
بانه دخل نقص والافضل القران الذى كان العبادتان فيه لشخص واحد لان فيه جمع بين النسكين وقوله وقيل الاختلاف بيننا
يعنى ان النزاع لفظى قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج من الميقات. كلامه واضح وقوله وكذا اذا دخل حجة على عمرة قبل
ان يطوف لها اربعة اشواط يعنى يكون قارنا فى هذه الصورة ايضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته ان يحرم بعمرة فيطوف
لها اقل من اربعة اشواط ثم احرم بحجة ولو طاف لها اربعة لا يصير قارنا بالاجماع وقوله وان اخر ذلك اى ذكر العمرة فى الدعاء
والتلبية بان يقول اللهم انى اريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة لا باس بذلك لان الواو للجمع ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا
اولى لان الله تع قد ذكرها فى قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية ولانه يبدأ بافعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها وقوله
اعتبارا بالصلوة يعنى ان الذكر باللسان لم يكن شرطا فيها وانما الشرط ان يعلم بقلبه اى صلوة هى فكذلك هذا وقوله
والقران فى معنى المتعة يعنى ان النص ورد بتقديم افعال العمرة على افعال الحج فى التمتع والقران فى معناه لان فى كل منهما جمعا
بين النسكين فى سفر فيكون واردا فيه ايضا دلالة وقوله عندنا احتراز عن مذهب الشافعى فانه تحلل عنده بالذبح وقيل
هذا ليس بمشهور عن الشافعى وانما المشهور عنه انه يتحلل برمى جمرة العقبة وقوله ثم هذا مذهبنا اى اتيان القارن بافعال
العمرة والحج جميعا هو مذهبنا وقال الشافعى يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عم دخلت العمرة فى الحج الى يوم
القيمة فيكتفى بافعال الحج عن افعال العمرة وان لا يكون العمرة داخلة فى الحج ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية
واحدة وسفر واحد وحلق واحد وهذا بناء على ان الاحرام عنده من اركان الحج والركنان من عبادتين لا يتصور تاديتهما فى وقت
واحد فى حالة واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فكما وجد التداخل فى الاحرام يجب ان يكون فى الطواف
والسعى ايضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى قوله فكذلك فى الاركان فى بقية الاركان وقوله ولنا انه
لما طاف صبى بن معبد ظاهر وقوله ولانه لا تداخل فى العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها عبادة وفيها التداخل
واجيب بان المراد العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك وبان التداخل فيها لدفع الحرج على خلاف القياس فلا تقاس
عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس فى معناها وجود الحرج وقوله والسفر للتوسل جواب عن قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة
الحج لا يقال قوله والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل وقع تكرارا فى دليل الخصم وفى الجواب عنه لتقدم ذكره فى اول

الباب مرة لانه ذكر هناك باعتبار كون الافراد افضل وههنا باعتبار افراد الطواف والسعى فيحتاج الى الجواب عنه بالاعادة
ومثله من التكرار ليس بمنكر وقوله ومعنى ما رواه يعنى قوله عم دخلت العمرة فى الحج دخل وقت العمرة فى وقت الحج لما ذكرنا
انهم كانوا يجعلون اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله تع وقت العمرة فى وقت الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء
توسعة وقوله فان طاف طوافين ظاهر وقوله والسعى يتاخر يعنى ان تاخر سعى العمرة بالاشتغال بعمل آخر كالاكل والنوم
وان كان لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال بطواف التحية قال واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة
او سبع بدنة فهذا دم القران لانه فى معنى المتعة لما تقدم والهدى منصوص عليه فيها بقوله تع فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من
الهدى ولهذا تعين الذبح ههنا وقال فى المتن ثم يذبح ان احب والهدى من الابل والبقر والغنم على ما يذكر فى بابه واراد بالبدنة ههنا البعير
وكانه جواب عما يقال انتم تقولون البدنة تطلق على البعير والبقر فكيف قال ههنا بقرة او بدنة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة
على كل واحد من معنييه مفردا او ههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدى وهو اسم لما يهدى اى ينقل الى الحرم وسبع
البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال ان فعلت كذا فعلى هدى ففعل كان عليه ما استيسر من الهدى وهو شاة فالجواب ان القياس
ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة او البقرة بحديث جابر قال اشتركنا حين كنا مع رسول الله عم فى البقرة سبعة وفى البدنة سبعة
وفى الشاة واحد واما النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض
الهدى ليس بهدى عرفا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلثة ايام فى الحج اى فى وقته بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل التروية بيوم ويوم
التروية ويوم عرفة كما ولما ذكر فى الكتاب وسبعة اذا رجع الى اهله لقوله تع فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة
كاملة وهذا النص وان ورد فى التمتع ولكن القران فى معناه كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ عن الحج من ذكر المسبب
وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب
لا يصح فى المجاز كما فى الاصول والجواب انه اذا لم يكن مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل لا مجاز الا بقرينة
فما هى قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل وقوله ثلثة ايام فى الحج فكانه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه
وقيل فى فائدة العشرة لكيلا نفى الاباحة التى يتوهم من كلمة الواو فى قوله وسبعة كما فى قوله جالس الحسن او ابن سيرين وقيل
معناه كاملة فى وقوعها بدلا من الهدى وكلامه واضح وقوله وقال مالك يصوم فيها قيل يعنى فى ايام التشريق دون يوم
النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق وقوله ولنا النهى المشهور يعنى قوله عم الا لا تصوموا فى هذه الايام وقد تقدم وفى
التعرض بلفظ المشهور اشارة الى الجواب عما يقال النص يدل على شرعية الصوم فى هذه الايام بقوله فى الحج فلا يجوز تقييده
بغير ايام التشريق بالخبر لانه نسخ الكتاب وتقرير الجواب ان الخبر مشهور فيجوز التقييد به وقوله او يدخله النقص يعنى لو لم تقيد
به فلا اقل من ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتادى ناقصا فلا يتادى فيها ولا يؤدى بعدها اى بعد ايام التشريق لان
الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل له فى معرفة المماثلة بين اراقة الدم والصوم والنص خصه
بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب اذا كان الاصل متصورا وههنا ليس كذلك لانه ان
قدر على الهدى لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسئلة العوس والثانى ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز
انما يتحقق اذا مضى ايام النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم الثلثة
قبل يوم النحر وهو اى الوجوب غير معقول لانه فات بنفسه وبدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل عن الهدى
اذا لم يجده بعد ما احرم بالعمرة بالنص واصل من حيث انه موقت بوقت معين ولو كان بدلا من كل وجه كان كالمبدل فى
الاطلاق بعد ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل فى الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى اصالته جاز بغير تصور الاصل
وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية يلزم الهدى اذا قدر عليه قبل التحلل فى يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود
بالخلف واما وجوب الدم بعد مضى ايام النحر اذا لم يصم الثلثة فبناء على الاصل قيل لان الدم هو الاصل وليس معتدا بابداله

النحر لقوله تع فما استيسر من الهدى غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في ايام النحر وفيما بعده ولنا من وجهين احدهما ان
ذبح هدى المتعة موقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص ولو لم يكن معتادا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثاني
ان الدم واجب اذا فاته صوم الثلثة عن وقته فكيف عبر المص عنه بقوله وجاز الدم والجواب عن الاول ان هدى المتعة
والقران يختص ذبحه بيوم النحر بدليل نقتضيه على ما سياتي في بابه ان شاء الله تع فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور في الكتاب
ما هو المعهود ان الشيء اذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف فيه ولم يسقط عن ذمته يجوز ان ياتي به بعد ذلك
في اي وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فياتي به في اي وقت قدر وعن الثاني انه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه
لا يجوز في يوم النحر وهذا جائز فيه وفي غيره فعبر عنه بالجواز هذا الذي سنح لي في هذا الموضع والله اعلم وقوله وعن عمر اعتضل
لايجاب الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر وقوله وذلك خلاف المشروع يعني المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال
العمرة وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه
الى الجمعة والصحيح ما ذكره من الفرق بينهما وهو ظاهر ووجه كونه منهيا عنه ان الله تع امر بابتداء افعال العمرة بقوله فمن تمتع الى
الحج والامر بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة الا بالنهي وقال متى لا يكون رافضا لعمرته بناء على ان طواف العمرة يدخل
في طواف الحج فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر في وجوب الدم فعندهما يسقط عنه دم القران الذي هو نسك
ويلزم عليه دم لرفض العمرة لان رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعنده لا يجب عليه الدم ويقضيها
لصحة الشروع فيها والله اعلم

باب التمتع

وجه تاخيره عن باب القران قد سبق هناك فلا نعيده وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرف المص التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الخ واعترض
عليه بانه غير مانع لدخول من ترفق باداهما والعمرة في غير اشهر الحج في سفر واحد ومن ترفق به فيه في اشهر الحج من عامين وفيما
ليسا بمتمتعين فكان الواجب ان يقول هو الترفق باداء النسكين في اشهر الحج من عام واحد في سفر واحد الخ والجواب
ان ما ذكره المص هو تفسيره واما كون الترفق في اشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره والالمام هو النزول يقال الم باهله
اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاول عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون في المتمتع
الذي لم يسق الهدى والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساقه فقوله الماما صحيحا احتراز عن الالمام الفاسد فانه
لا يمنع صحة التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف على ما ياتي وقوله ويحلق ويقصر قال شيخ الاسلام في مبسوطه هذا التخيير انما
يكون له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا او مضفورا واما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنقض وذلك
متعذر فتعين الحلق وقوله وهذا هو تفسير العمرة اي ليس لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف
وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف في الحج وقوله وتم به اي تتم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ولان الطواف
ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما يقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا ولنا
حديث ابن مسعود ان النبي عم في عمرة القضا قطع التلبية حين استلم الحجر وقوله ولان المقصود هو الطواف بيانه
ان هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية تقطع عند
افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع ان كلا منهما اول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب انا لا نسلم
انه مقصود لان المراد به ما كان واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس
لما روي انه عم اردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ويقيم بمكة حلالا المتمتع
اذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا فاذا كان يوم التروية احرم من المسجد ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا فلو احرم قبل يوم التروية
فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل وكذا لو احرم من الحرم في غير المسجد
جاز كما ذكر في الكتاب وقوله على ما بينا اراد به ما ذكره في اول فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي

وفي العمرة الحل وقوله وفعل ما يفعله الحاج المفرد يعني خلا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي
ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا طواف له في الحج وقوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف يعني طواف
القدوم وسعى قبل ان يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار فيه ثم الرمل ههنا يسقط
سواء رمل في طواف التحية او لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل انما شرع في طواف بعده سعي
ولا سعي ههنا لانه وجد مرة في هذا الكلام دلالة على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه وقوله وعليه
دم التمتع ظاهر وقوله خلافا للشافعي يعني انه يقول لا يجوز صوم ثلثة ايام حتى يحرم بالحج لقوله تع فصيام ثلثة ايام في الحج
ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل الى التمتع واداء المسبب بعد تحقق السبب
جائز وقوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في القران ان نفس الحج لا يصلح ان يكون ظرفا وقوله وهذا افضل يعني من متمتع
لم يسق الهدى وقوله على ما روينا يريد قوله قالت عائشة كنت افتل قلائد بدن رسول الله وقوله لان له ذكرا في الكتاب
يريد قوله تع ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق في فصل قبل القران والشروع
في الاحرام بالتلبية اولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامها والعمل بالاصل اولى عند الامكان لا محالة ثم السوق في الهدي افضل
من القود لان النبي عم سيقت هداياه اذا احرم بذي الحليفة بين يديه وقوله وقالوا والاشبه يعني الى الصواب في الرواية
الايسر وذلك لان الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله عم وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه
لا محالة فكان يقع طعنه عادة اولا على يسار البعير ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الاخر من قبل يمين البعير اتفاقا لا الاول لا
قصدا اليه فصار الامر الاصلي حق بالاعتبار في الهدي اذا كان واحدا وقوله ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اي لا يزعج
ولا يطرد عن الماء والكلا او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم لان القلادة قد تحل وقد يحتمل ان يسقط منها والاشعار
لا يفارقها فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة هي ان يصنع بالحيوان ما يصير به مثلا وقيل هي
ما وجب قتله او ابيح قتله فقلنا بالحسن ولابي حنيفة انه اي الاشعار مثلة وانه اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض
بين كونه سنة وكونه مثلة فالترجيح للمحرم فان قيل النهي عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة الوداع والمتاخر ناسخ
فاين التعارض اجيب بان عمران بن الحصين روى ان النبي عم ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار
منسوخا فلا اقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط وللاحتراز عن تكرار النسخ وقوله واشعار النبي عم جوابا
عما قال الشافعي انه مروي عن النبي عم وهو ظاهر وقوله عم لو استقبلت من امري ما استدبرت اي علمت اولا ما
اخرا لما سقت الهدي وقصته ذلك ان النبي عم امر الصحابة بان يفسخوا احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة
تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله عم هل يحلق او لا فاعتذر النبي عم وقال لو
استقبلت الخ وبين فيه ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل لولا ذلك التحلل وقوله ويحرم بالحج ظاهر وقوله على ما بينا
اشارة الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تع فمن تمتع بالعمرة الى الحج وقوله واذا حلق يوم النحر فقد
حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج فان قيل التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة
باقيا عنده لزم القارن دمان اذا جنى تلك الجناية قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان
الاحرام باقيا لوجب دمان كما قبل الوقوف اجيب بان احرام العمرة باق للتحلل لا غير لان التحلل لا يتصور بدونه
واما بالنسبة الى ما عداه فليس بباق لان الله تع جعل غاية احرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها الا
لضرورة وهي بالنسبة الى التحلل لا غير واذا كان كذلك لم يقع الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجله شيء كاحرام المفرد
بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى في سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة وقوله وليس لاهل مكة تمتع
ولا قران اعلم ان اهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند ابي حنيفة واصحابه واما هم في ذلك على

وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ولو تمتعوا جاز واساؤا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي لهم التمتع والقران ولكن
لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تع فمن تمتع بالعمرة الى الحج بانه باطلاقه لا يفصل بين آفاقي وغيره فان قيل ذلك لمن
لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي ان لا يكون لاهل حاضري المسجد الحرام تمتع اجاب الشافعي بان ذلك اشارة
الى الهدي ولاجل هذا قلت انه لا دم عليهم ولنا قوله تع ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ووجهه ان موضوع ذلك
في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكرتم من الهدي قريب لا يصلح حقيقة له والتمتع المفهوم من تمتع بعيد
يصلح لذلك فيصار اليه لان العمل اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز بالاتفاق فيكون الآية حجة عليه فان قيل فالجواب
عن استدلاله بالاطلاق قلت لا اطلاق ثمه بل كلمة من عامة خصصت بقوله ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام
وقوله ولان شرعهما دليل معقول لنا وتقريره شرع المتعة والقران لاجل الترفه باسقاط احدى السفرتين وهو طلب
والترفه في ذلك في حق الآفاقي لان غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه واعترض بوجهين احدهما ان النص ان كان
يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكنه تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه والثاني ان الله تع شرع القران والمتعة
ابانة لنسخ ما كان عليه اهل الجاهلية في تحريمهم العمرة في اشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة ورجوع الاشارة الى ما ذكرتم
ينافي ذلك واجيب عن الاول بان تخصيص الشيء بالذكر كما انه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له ايضا والاصل
فيه العدم فيبقى الى ان يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بان النسخ ثابت عندنا في حق المكي ايضا حتى لو اعتمر في اشهر الحج جاز
بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لان الالمام قطع متعته كما قطع متعة الآفاقي اذا رجع بين النسكين الى اهله وفيه نظر
لانه يستدل به على بطلان المتعة لا على عدم ادراك الفضيلة والصواب ان يقال لان متعته نقصت عن متعة الآفاقي
بصيرورته دم جبر وقوله ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران هذا راجع الى تفسير اهل
حاضري المسجد الحرام فعندنا هم اهل مكة ومن كان داخل المواقيت سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر او لم يكن وعند الشافعي
هم اهل مكة ومن حولها اذا لم يكن بينها وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقوله بخلاف المكي متصل بقوله
وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني ليس له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح بلا كراهة لان
عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي قال المحبوبي هذا اذا خرج الى الكوفة قبل اشهر الحج واما اذا خرج بعدها
فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات وانما خص القران بالذكر لانه اذا خرج المكي الى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا
على ما نذكره واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه باتفاق اصحابنا لانه الم باهله فيما
بين النسكين الماما صحيحا وقد تقدم تفسيره وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن ابن عباس وعدة من التابعين ولان هذا
لان حد التمتع ليس يصادق عليه حيث انشاء لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفرة
واحدة وان ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا يعني الآفاقي اذا فعل ذلك لا يكون المامه صحيحا بخلاف المكي
اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه لان المراد
بالعود هو ما يكون عن الوطن الى الحرم او الى مكة وليس ههنا بموجود لكونه في الحرم او في مكة فلا يتصور العود واذا
ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان لا يكون اذا لم يكن كان اولى وقوله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فيه ثلث مذاهب
ذهب الشافعي الى انه اذا احرم بالعمرة قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا وان ادى الاعمال فيها وقال مالك هو متمتع وان
لم يؤد فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها قلنا ان ادى اربعة اشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه الشافعي
انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الاحرام ووجه قول مالك ان الجمع بينهما موجود باعتبار
الاتمام وهو التحلل فيها ولنا ما ذكر في الكتاب ان الاحرام شرط فجاز تقديمه كتقدم الطهارة على وقت الصلوة والاعتبار
باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان قيل اذا لم يعارضه نص فان ثلث ركعات من الظهر ليس لها

لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج ظاهر مما ذكرناه وقوله
وهذا اشارة الى انه لم يكن متمتعا واراد بالنسك العمرة ومعناه ان نسك العمرة يفسد اذا جامع بعد ما طاف
ثلثة اشواط ولم يفسد بعد ما طاف اربعة اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كانه تحلل قبل اشهر الحج
ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم الاتمام في حق عدم الفساد
فكذا في حق كونه غير متمتع ولان الترفق انما يكون باداء الافعال والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج
فلا بد ان يوجد الافعال كلها او اكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لان الاحرام ليس من افعال
العمرة بل هو من الشروط قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة • لما ذكر ان المتمتع هو الذي يترفق باداء
النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج احتاج ان يبين الاشهر فقال اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت
هل للتمتع اختصاص بهذا او القارن ايضا لا بد له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت
رواية في المحيط انه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة اي احرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في
شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه قوله كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير انما فصل عبد الله بن
الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لانه ما كان بينهم في عرفهم من اطلاق
العبادلة الا هؤلاء الثلثة واما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد
الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم لانه كان تقدم موته ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت
لا يتحقق الفوات وفي هذا اشارة الى نفي قول مالك ان وقت الحج جميع الاشهر الثلثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا
بقوله تع الحج اشهر معلومات واقل الجمع المتفق عليه ثلثة وفائدة ذلك انما تظهر في حق جواز تاخير طواف الزيارة الى آخر ذي الحجة
فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة ايام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو
متمسك ابي يوسف في ظاهر الرواية ولكن نقول فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لان الوقوف هو الركن الاعظم ووقت
بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لانه خرج وقت الحج الا يرى ان طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن
والركن لا يجوز ان يكون في غير وقته ولقائل ان يقول ان اعتبرتم الفوات يلزم ان لا يكون يوم النحر من وقت الحج وان اعتبرتم
اداء الاركان وجب ان يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف الزيارة يجوز فيهما وح جاز ان يكون ذو الحجة
الآخر من وقته كما قال مالك والحق ان يقال المعول في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين ان اشهر الحج
شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو لليالي فلا يكون حجة
في دخول يوم النحر في وقته والجواب ان ذكر احد العددين من الليالي والايام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد
الآخر كما تقدم في الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوال وذي القعدة في وقت اداء الحج لا فيهما اجيب
بان بعض افعاله يصح فيهما الا يرى ان الآفاقي اذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي
يكون السعي الواجب في الحج فانه لا يجب الا مرة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب في الحج قوله وهذا
اي ما روي عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول يدل على ان المراد من قوله تع الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث
لا كله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ اشهر عام فيجوز ان يراد منه بعض وليس بشيء لان ما ينتهي اليه
الخصوص اذا كان العام جمعا الثلاثة ولان الخصوص انما يكون باخراج بعض افراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم
من قال اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع التثنية ورد بان ذلك عند عدم
الالباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملبس والاولى هو من باب ذكر الكل وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا
فلا بد له من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال الحج اشهر والحج نفسه ليس باشهر فكان تقديره والله اعلم الحج في اشهر

والظرف لا يستلزم الاستغراق لكان البعض مرادًا وعينه ما روى عن العبادلة وغيرهم وقوله فان قدم الاحرام عليها اى على اشهر
الحج جاز احرامه عندنا وانعقد لحج خلافا للشافعى فان عنده يصير محرمًا بالعمرة لانه ركن عنده فلا يتحقق قبل اوانه فان قيل المذكور
فى الكتاب يدل على انه لا يمنع عن الحج والمدعى وقوعه احراما للعمرة فالجواب ان الاحرام اذا وجد ولم يصلح ان يكون للحج
ينصرف الى ما يصلح له حذرا عن الالغاء كمن نوى صوم القضاء فى النهار فانه يكون شارعًا فى النفل وهو شرط عندنا فاشبه
الطهارة فى جواز التقديم على الوقت فان قيل لو كان شرطا لما كره قبل اشهر الحج لكنه مكروه اجيب بان الكراهة ليست
للتقديم على الوقت بل لئلا يقع فى المحظور بطول الزمان وقوله ولان الاحرام تحريم اشيا اى بسببه كتحريم قتل الصيد ولبس
المخيط وحلق الراس ونحو ذلك وايجاب اشيا كالرمى والسعى وامثالها وذلك يصح فى كل زمان فصار كالتقديم على المكان
يعنى الميقات لا يقال هذا كله تعليل فى مقابلة النص وهو ما روى انه عم قال المهل بالحج فى غير اشهر الحج مهل بالعمرة وفى ذلك دلالة
على انه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله واذا قدم الكوفى بعمرة
هذه المسئلة على اربعة اوجه الاول ما ذكره فى الكتاب بقوله ثم اتخذ مكة دارا يعنى اقام بها بعد ما فرغ من
العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو فى هذا الوجه متمتع والثانى ما ذكره ثانيا بقوله او البصرة دارا وحج من عامه
ذلك وقال هو متمتع وهو ينصرف الى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا والثالث هو ان يخرج من
مكة لا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك وفيه ايضا متمتع ولم يذكره لان حكمه يعلم من الوجه الاول والرابع هو ان
يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد الى اهله ثم حج من عامه ذلك فى هذا الوجه ليس بمتمتع لانه الم باهله الماما صحيحا ومثله
لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم وقوله اما الاول اى الوجه الاول انما صار فيه متمتعا لانه ترفق بنسكين
فى سفر لا يكون متمتعا على قول الكل ذكره فى المحيط وقول المص لانه ليس لانه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون
فى كونه متمتعا وفى كونه لا يكون متمتعا والثانى هو المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن ابى عصمة
سعد بن معاذ ان ما ذكره فى الكتاب يعنى الجامع الصغير قول ابى حنيفة وعلى قولهما لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوى
لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لان نسكيه ميقاتيان لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا او عاد
يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم باهله ولابى حنيفة ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج
من الميقات حتى عاد وحج والحاصل ان الاصل عنده انه ما لم يصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما
ان من خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف
تظهر فى حق وجوب الدم فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا احل له التناول منه فيصار الى الايجاب
باعتبار هذه الشبهة احتياطا وقوله فان قدم بعمرة اى باحرام عمرة فافسدها بان جامع امراته قبل اعمال العمرة
وفرغ منها يعنى مضى وقصر فتحلل ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر فى اشهر الحج اى قضى العمرة التى افسدها وحج من عامه
لم يكن متمتعا عند ابى حنيفة يعنى اذا كان خروجه الى البصرة فى اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر الحج واعتمر وحج من عامه
ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا فى النهاية ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف
ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره فى الكتاب وقوله واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم تجزها من المتعة
لانها اتت بغير الواجب عليها اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان اشترت
بنية الاضحية وكذا واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذا الجواب فى الرجل وانما خصت المراة لان السائل
امراة فوصفت المسئلة على ما وقع واما لان الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية فى هدى المتعة لا يكون الا عن
جهل ثم لما لم تجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذى كان واجبا عليها ودم آخر لانها
قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها

انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضى الله عنها حين حاضت بسرف وهو ما روى ان النبى عم دخل عليها وهى
تبكى فقال ما يبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال هذا شئ كتبه الله على بنات آدم دعى عنك العمرة او قال ارفضى عمرتك
وانقضى وامتشطى واصنعى جميع ما يصنع الحاج غير انك لا تطوفى بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعى جميع ما يصنع
الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال ولكن فيما روى ابو داود فى السنن باسناده الى عائشة قالت نفست اسماء بنت عميس
بمحمد بن ابى بكر فامر النبى عم ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف فى المسجد والحائض منهية عن دخوله والوقوف
فى المفازة وليست بمنهية عنها فان قيل لا فائدة فى هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض اجيب بقوله وهذا الاغتسال
للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا للنظافة وقوله ولا شئ عليها لطواف الصدر اى لترك طواف الصدر لانه عم رخص للنساء الحيض فى
ترك طواف الصدر روت عائشة ان صفية بنت حيى حاضت فقال النبى عم عقرى حلقى انك لحابستنا اما كنت طفت يوم
النحر قالت بلى قال فلا باس انفرى فلما ثبت الرخصة للحائض والنفساء فى ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شئ لان الاصل
ان كل نسك جاز تركه بعذره لا يجب بتركه كفارة وعقرى وحلقى فعلى عند المحدثين ومعناه عقر جسدها واصابها فى حلقها وجع وقوله
ومن اتخذ مكة دارا ظاهر وقوله بعد ما حل به النفر الاول يعنى اليوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعده
كمن اصبح وهو مقيم فى رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل ان يحل النفر الاول فلا يجب عليه طواف الصدر لانه
صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار وعلى قول ابى يوسف يسقط عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعد
ما افتتح الطواف لان وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الاول وما بقى الوقت لا يصير دينا فى ذمته فيسقط بالعارض المغير
كالمراة حاضت فى وقت الصلوة لا يلزمها قضاء تلك الصلوة

باب العوارض من الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهى جمع جناية والجناية اسم لفعل
محرم شرعا سواء حل بمال او نفس ولكنهم اعنى الفقهاء خصوها بالفعل فى النفوس والاطراف واما الفعل فى المال فسموه غصبا والمراد
ههنا فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيان ان ههنا انواعا قوله واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن لصوق عين له
رائحة طيبة ببدن المحرم او بعضو منه فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شئ لم يجب عليه شئ وذكرا ولان تطيب المحرم يوجب
الكفارة لقوله عم الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل ذلك بقوله
وان تطيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وقوله فما زاد فضل فى البين وقوله وذلك مثل الراس ظاهر والفاصل فى الارتفاق
بين الكل والقاصر العادة فان العادة فى استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل فيتم به الجناية وفيما دونه جناية ناقصة
فيكفيه الصدقة وقوله ونحن نذكر الفرق بينهما هو قوله ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل الخ وقوله الا فى موضعين يعنى
اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا جامع بعد الوقوف بعرفة وقوله الا ما يجب بقتل القملة والجرادة يعنى ان التصدق
فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء وقوله عم الحنا طيب قاله حين نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وان صار ملبدا
بان كان الحنا غير جامد اى غير مائع فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية يعنى اذا غطاه يوما الى الليل فان كان اقل من ذلك فعليه
صدقة وقوله وكذا اذا غطى ربع الراس اما اذا كان اقل من ذلك فعليه صدقة باعتبار انه يغلف راسه اى يغطيه والوسمة بكسر
السين وهو افصح وسكونها شجرة ورقها اخضاب وقوله وهذا اى تاويل ابى يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الراس
توجب الجزاء وقوله ثم ذكر فى الاصل يعنى فى مسئلة الحنا راسه ولحيته واقتصر فى الجامع الصغير على ذكر الراس خاصة وفى ذلك
دلالة على ان كل واحد منهما مضمون وقوله وان ادهن بزيت خالص اما المطيب بغيره فحكمه ذكره فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا و
كلامه ظاهر وقوله انه اصل الطيب فان الروائح تلقى فيه فتصير غالية فصار كبيض الصيد فى الاصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله
وهذا الخلاف فى الزيت البحت اى الخالص والخل اى دهن السمسم اما المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على زنة
العنبر دهن الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب

ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر وقوله بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه كالعنبر والكافور
لانها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوي وقوله وان لبس ثوبا مخيطا كمل اليوم ايضا كذلك قلت ان معنى
الترفق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك قال الله تعالى سرابيل تقيكم الحر وهذا المعنى قد يتميز فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيكون ناقصا
فلا بد من حد فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء الجابر ذلك فقدر باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من لبس
ثوبا يليق بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم وما دون ذلك
تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فتجب الصدقة وعن ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل لان المراد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع
ثيابه التي لبسها للناس فكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا مقصودا لكن هذا غير مضبوط فان احوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل
مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده فكان الظاهر هو الاول وقوله ولو ارتدى بالقميص
او اتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر هو يقول القباء مخيط فاذا ادخل
فيه منكبيه صار لابسا للمخيط فان القباء يلبس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القباء لان العادة في ذلك الضم الى نفسه بادخال
المنكبين واليدين لانه ماخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه وعلى هذا لو زره ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا
لانه لا يتكلف اذ ذاك في حفظه واعاد قوله والتقدير في تغطية الراس ليبني عليه الفروع وقوله ما بينا هو ما قال او غطى
يوما كاملا وقوله ولا خلاف انه اذا غطى راسه ظاهر وقوله يعتاد بعض الناس كالاتراك والاكراد فانهم يغطون روسهم بالقلانس
الصغار ويعدون ذلك ارتفاقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة اي بحقيقة الكثرة اذ حقيقتها انما تثبت
اذا قابلها اقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة وقوله واذا حلق ربع راسه ظاهر وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا
بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلث شعرات وعلق الحكم
باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتادى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس
ارتفاق كامل لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط روسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة
والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم وتتقاصر فيما دونه وفي قوله فيتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك فانه قال
بحلق كل الراس لتكامل الجناية فاشار الى ان الجناية تتكامل بالبعض ايضا وفي قوله وتتقاصر فيما دونه اشارة الى نفي
قول الشافعي انه يجب الجزاء بالقليل فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف توجب الدم واما حلق اللحية فهو متعارف
فان الاكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم وكذلك الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بالعراق وارض العرب
فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الراس فالحق به احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجبت
بالاعذار بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير مقصود اذ العادة في الطيب ليست في الاقتصار على الربع فكان العضو
الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق الكفارة وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع
الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة فان قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب ان يجب بحلقهما دمان واجيب
بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد الا يرى انه اذا ازال شعر جميع بدنه بالتنور لم يلزمه الا دم
واحد ذكر في الابطين الحلق ههنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل اي المبسوط النتف وهو سنة بخلاف العانة فان
فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وقال ابو يوسف ومحمد اذا
حلق عضوا فعليه دم قيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة لانه خالفهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما وقوله
اراد به اي بقوله عضوا الصدر والساق وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما تتكامل اذا كان العضو
مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرت هو ما ذكر في المبسوط قال بعدما ذكر حلق الراس ثم الاصل
بعد هذا انه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة ثم قال

وما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المص ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر الاسلام نظرا الى انه
مقصود بالتنور اي ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة الاربعة في ازالة الشعر بين الحلق والنتف والتنور فكانت
الجناية بحلق كله كاملة او بحلق بعضه قاصرة وقوله فان اخذ من شاربه ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق
فان من عادة بعض حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه واجيب بان مع اللحية في الحقيقة
عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم اعضاء متفرقة كالراس فان من العلوية من عادته حلق مقدم الراس
وذلك لا يدل على ان كله ليس بعضو واحد وقوله يدل على انه هو السنة دون الحلق هو المذهب وعند بعض المتاخرين
من مشايخنا لما روي عن النبي عم انه قال عشرة من فطرتي وفطرة ابرهيم عم وذكر من جملتها قص الشارب وقوله حتى
يوازي الاطار قال في المغرب اطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من اطار المنخل والدف قال وان حلق
موضع المحاجم فعليه دم المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر لفظ الموضع فلا يصح ان يكون جمع
محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة
وهما متنافيان واجيب بانه لم يقل ان حلقه مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان
كان لغيره فلا تنافي بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون له او لغيره وقوله عن عضو كامل يعني ان هذا
الموضع في حق الجناية عضو كامل وقوله وان حلق يعني المحرم راس محرم بامره او بغير امره الحالق والمحلوق راسه اما ان يكونا
حلالين او محرمين او الحالق حلال والمحلوق محرم او بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني على الحالق فيه الصدقة
حلق بامر المحلوق او بغيره خلافا للشافعي فيهما فانه يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق
بحلق شعر غيره ولا على المحلوق اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من المواخذة بحكم الفعل
والنوم ابلغ منه لان القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم ولنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات
الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه او في غير بدنه كما في
نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في غيره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي
المحلوق راسه تقرر السبب الموجب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يصلحان مانعين لان
المأثم ينتفي بهما دون الحكم فقيل ذكر المص ههنا ان بحلق الشعر تحصيل الزينة فيجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب ان في شعر
الراس الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال هو الزينة واجيب بانه جمال من حيث الخلقة ولهذا
يتكلف عادة في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واختلف الجهة زال التناقض وقوله بخلاف المضطر
متصل بقوله حتما اي بخلاف المحرم المضطر الى حلق راسه فانه اذا حلق يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين
وان شاء صام ثلثة ايام لان الافة هنالك سماوية وفي صورة النزاع من العباد ثم المحلوق راسه لا يرجع على الحالق بما وجب عليه
من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة فكانه اخذ هذا القدر من ماله وقلنا الدم انما لزمه بما نال
الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر لا يرجع على الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع وقوله وكذا اذا كان الحالق حلالا
هو الوجه الثالث من الاقسام العقلية وليس على الحالق شيء بالاتفاق وفي المحلوق الخلاف المذكور وقوله مسلتا
اراد به ما اذا كان الحالق محرما وقوله في الوجهين اراد به ما كان بامره وبغير امره وقوله فان اخذ من شارب يعني المحرم من
شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا يعني قوله ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات
الاحرام وقوله ولا يعرى عن نوع ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي حلق راس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان
يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما لا يجب في الالباس عليه شيء فكذلك ههنا وذلك لان في الحلق واخذ الشارب ارتفاقا
له لان الانسان يتاذى بتفث غيره وليس في الباس المخيط ذلك لكن التاذي بتفث غيره اقل من التاذي بتفث نفسه

ومعنى اما تسميته فلان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث القص وهو شي واحد وقوله لان مبناها على التداخل
يعني ان المحرم اذا قتل صيد الحرم يلزمه قيمة واحدة وان كانت الجناية من حيث القص وهو شي واحد وقوله لان في حق
الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك فاشبه كفارة الفطر وهذا يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل انها
تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطي والناسي والمضطر وبالنظر الى ذلك لا يتداخل فقلنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس لانه
اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود لوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلفت
المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا تتعدد الكفارة
كما اذا حلق راسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة لذلك فالجواب ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا اختلافها
فمتى اتحد الجميع لزمه الكفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ومتى اتحد المقصود واختلف المحال
فان اتحاد المجلس يقوي جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ومتى اختلف المجلس يقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة
فاذا عرف هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الراس عليه لان المحل
متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة
ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت فثمة ما يوجب اتحاد المحال وهو
التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة وقد تقدم ان الحلق مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك وقوله
وان قص يدا او رجلا ظاهر وقوله وجه المذكور في الكتاب اي في القدوري ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وكل ما
هو كذلك لا يقام الكثير مقامه اما انها اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة
وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد اشار الى هذا التعليل بقوله وقد اقمناها مقام الكل وهو في موضع الحال
اي انها اقل ما يجب الدم بقلمها حال كونه مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية الى آخر ما ذكرنا واما ان كل ما هو كذلك لا يقام الكثير
مقامه فلما قال لانه يؤدي الا ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلثة ثم الظفر والنصف مقام
الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم والمراد بقوله الى ما لا يتناهى الى ما لا يتعسر اعتباره لان
الجسم عند اهل السنة والجماعة يتناهى الى الجز الذي لا يتجزى فلا بد له من تاويل وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة
بالجر صفة للمعدود كما في قوله تع سبع بقرات سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه
دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من
يد ورجل وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا
ليس كذلك لان بالقلم على هذا الوجه يتاذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد فان من ياخذ شيئا من مقدم راسه وشيئا
من مؤخره فاذا جمع الجميع يصير مقدار الربع واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو
قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة فعليه لكل
ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء وقوله وان انكسر ظفر المحرم ظاهر وقوله والاية نزلت في المعذور
قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مر بي رسول الله عم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال
ايؤذيك هوام راسك فقلت نعم فانزل الله تع ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال
ثلثة ايام كما ذكره في الكتاب ولولا تفسيره عم لقدرناه بستة ايام لانه لما تقدر الطعام ستة مساكين كان القياس ان
يكون الصوم ستة ايام والحكم في كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه احد الاشياء المذكورة
وقوله وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه يقول لا تجزيه الطعام الا في الحرم لان المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول
المنفعة اليهم وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه عبادة في كل مكان وقوله واما النسك يقال نسك لله نسكا ومنسكا

ومنسكا اذا ذبح لوجهه ثم قالوا الكل نسك عبادة ومنه قوله تع قل ان صلوتي ونسكي والمراد به ههنا الهدي الذي يذبح في الحرم
بطريق الجزاء عما باشره عن محظورات الاحرام كالطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة
لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة والقران في ايام النحر او في مكان كما في دماء الكفارات قال الله تع جزاء
الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان وهو
الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير لانه تلويث الحرم انما المقصود وهو التصدق باللحم بعد الذبح فعليه
ان يتصدق بلحمه فقراء الحرم وغيرهم عندنا وقوله ولو اختار الطعام اجزاه ظاهر ابو يوسف نظر الى كفارة اليمين
في القران فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة والى تفسير النبي عم للاية فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد نظر
الى قوله او صدقة فانها تنبئ عن التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة فصل
فمن جناية الطيب ونحوها بجناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم ولهذا قدم في هذا
الفصل ذكر دواعي الجماع عليه فان نظر المحرم الى فرج امراته اي الى داخل وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها
متكئة بشهوة فامنى اي انزل المني لا شي عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة
وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال ولم يوجد ذلك فصار كما لو تفكر فامنى فانه لا يجب عليه شي لما قلنا فان قبل او لمس
بشهوة فعليه دم سواء انزل او لم ينزل على رواية الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس بشهوة فامنى
ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة فان الفرج يراد
به القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرنا وروي عن الشافعي انه اذا انزل فسد احرامه في جميع ذلك يعني التقبيل بشهوة
والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج واعتبر ذلك بالصوم فانه انما يفسد بهذه الاشياء اذا انزل لانه موافقة معنى ولنا
على ان الاحرام لا يفسد وان الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور ان فساد الحج تعلق بالجماع لانه لا يفسد
بغيره من المحظورات بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا ان فيه الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور
الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحق به فيلزمه الدم وقوله بخلاف الصوم جواب عن اعتباره بالصوم لان المحرم فيه
قضاء الشهوة حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الانزال فيما دون الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج بادا افعاله كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان النبي عم
سئل عمن واقع امراته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق
في ذلك بين ان يكون عامدا او ناسيا او هي نائمة او مكرهة وهكذا يعني مثل ما روي عن النبي عم نقل عن جماعة من الصحابة
رضي الله عنهم وقال الشافعي يجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية والحجة عليه اطلاق ما روينا
وهو قوله عم يريقان دما ذكره مطلقا فيتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل والجزور
كامل فينصرف اليه فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن ما يمنعه وهو ههنا موجود لان الجماع قبل الوقوف
لما كان سببا للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ
في مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب
القضاء فايجاب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المص بقوله ولان القضاء لما وجب الخ وعن
ابي حنيفة ان في غير القبل منهما اي من السبيلين وهو الدبر من المراة والرجل لا يفسده لتقاصر معنى الوطي ولهذا
لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالاجماع وفي رواية يفسده لانه كامل من حيث انه ارتفاق وعنهما يفسده لانه يوجب الحد
وقوله وليس عليه ان يفارق امراته والاصل فيه ان الصحابة قالوا اذا رجعا للقضاء يفترقان معناه ياخذ كل واحد
منهما في طريق غير طريق صاحبه فمالك رح اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا وقال زفر

نفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق نسك بقول الصحابة ووقت اداء النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشيء لان القضاء
يحكي الاداء فما لم يكن نسكا في الاداء لا يكون نسكا في القضاء وقال الشافعي اذا قربا من المكان الذي جامعها فيه نفترقان لانهما
لا يامنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها والمص ذكر دليلنا على وجه هو دافع لاقوالهم وهو واضح وذكر
الصحابة انهما يفترقان على سبيل الندب ان خافا على نفسهما الفتنة كما يندب الشاب الى الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم
اذا كان لا يامن على نفسه ما سواه ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل رمي
جمرة العقبة فان حجه يفسد لان احرامه قبل الرمي مطلق اي كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق
مفسد للحج كما اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمي فانه قد جاء اوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم وقوله
لقوله عم دليلنا ووجه ذلك انه عم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد به التمام من حيث اداء الافعال بالاتفاق لبقاء
بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه يامن من الفساد وبعده لتاكد حجه بالوقوف الايرى انه يامن الفوات بعد
الوقوف فكما يثبت حكم التاكد في الامن عن الفوات كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت
البدنة لان الشيء بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء اجاب بقوله وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رض وهو ما روي عنه انه قال اذا
جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجة تامة وعليه بدنة وروي انه قال لا تجب البدنة في الحج الا
في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا يدرك
فيه للراي فكان مسموعا وقوله او لانه قيل انما ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس غير مشهور فاتى بها ليكون متمسكا باحدهما وفيه
نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعل ذلك باحد الجائزين فلا يسال
عن لميته وتقريره الجماع اعلى الارتفاقات لوفور لذته وكل ما كان كذلك تغلظ موجبه كوجوب التطابق بين الموجب
والموجب مقتضى الحكمة وان جامع بعد الحلق فعليه شاة ظاهر وقوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية على احرام العمرة وهو وان
لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعد ما طاف الطواف الزيارة اربعة اشواط لم يجب
عليه شيء وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب واجيب بان ذلك ليس من حيث التفضيل بل من
حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب انما يؤتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير غايته
ما في الباب ان حكمه تاخر في حق النساء المعنى وهو وقوع الركن في الاحرام فقام اكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها
قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما
طاف لها اربعة اشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك وقوله وقال الشافعي يفسد في الوجهين اي فيما اذا
جامع قبل ان يطوف اربعة اشواط وبعده لانهما سيان في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة كالحج
وقوله وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل ليتناول العمرة جعل النسيان عذرا غير مؤثر في
فساده كما في الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بناء على ان الاكراه لما ابطل الاقدام او عدم اصل الفعل مع كونه قاصدا
كان النوم اولى لانتفاء القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا
مخصوصا وهو ان يكون بعين الجماع لقوله تع فلا رفث الاية والرفث اسم الجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس في معنى
الصوم لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له **فصل** لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية
على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا فطواف القدوم محدثا معتد به عندنا
وعليه صدقة وقال الشافعي لا يعتد به ولا يتجزى بشيء لقوله عم الطواف بالبيت صلوة ووجه الاستدلال انه عم شبه الطواف
بالصلوة وليس بين ذاتيهما من المشابهة لان ذات الطواف هو الدوران مما ينتفي به ذات الصلوة فيكون المراد ان حكمه
حكم الصلوة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا قوله وليطوفوا بالبيت العتيق ووجه الاستدلال ان الله عز وجل

وجل امر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا بالاية ولا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل
هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها يجب بتركها الجابر وهو اما الدم على ما قال به بعض مشايخ
العراق او الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت
الوجوب دون الفرضية وقوله فاذا شرع في هذا الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في
النفل ملزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا ويدخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب
بايجاب الله تع وهو طواف الزيارة وفيه بحث من وجهين احدهما ان دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة في حيز
النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني انه منقوض بالصلوة النافلة فانه اذا دخلها نقص ينجبر بسجدة السهو كما ينجبر الفرض
بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا ايضا كذلك والجواب عن الاول انه ترك السنة يوجب نقصانا
وينجبر بالكفارة الايرى ان من افاض من عرفات قبل الامام وعليه دم وقال محمد رح لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني
بان الشرع جعل الجابر في الصلوة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فامكن المصير الى ما يتبين به رتبة النفل عن
الفرض وهذا كله على رواية القدوري اختارها المص واما على ما ذكر الطحاوي وشيخ الاسلام انه اذا طاف طواف التحية محدثا فلا
شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكذا اذا اتى به محدثا فلا يحتاج الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيارة
محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن وادخال النقص في الركن افحش من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه
بدنة وكلامه ظاهر وقوله الا ان الاكثر الشيء له حكم الكل يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلوة وغيرهما فان الاكثر
فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيده ههنا بيانا وهو ان النبي عم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس
ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان الحج له فرض ثلثة شرط وركنان وعندما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط اعني
الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك وقوله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة
ووجه ذلك ان فيه تحصيل الجبر بما هو من جنسه فكان افضل وقوله وفي بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط وقوله
ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة وقوله وان اعاده بعد ايام النحر ان هذه للوصل وقوله لا ذبح عليه بناء على ان الطواف
الاول وان كان بغير طهارة معتد به واللازم الدم على قول ابي حنيفة بالتاخير فاذا كان معتدا به نقصان وقد اعاده لم يبق الا
شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئا وقوله وان اعاده وقد طافه جنبا ظاهر وقوله
وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم اي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما هذا دم يلزمه على قول ابي حنيفة
لتاخير الطواف عن ايام النحر على ما عرف من مذهبه ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا الذي ذكره انما هو على
اختيار ابي بكر الرازي في ان المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني وان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان
الاول لما لزمه دم التاخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان
فكان الثاني جابرا للنقصان المتمكن فيه فان قيل فما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج
وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا قاله محمد في الكتاب اي في المبسوط ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا اجيب بان المعتمر
لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا امن فسادها قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل
بالطواف الاول فيكون هو المعتد به في التحلل اجيب بان الاول راعى الحكم لتفاحش النقصان فيه فان الاعادة لفسخ
الاول واعتد بالثاني والا لكان هو المعتد به في التحلل وقوله ولو رجع الى اهله طاهر وقوله الا ان الافضل هو العود لما ذكرنا
ان يكون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف وقوله ولو رجع الى اهله ظاهر وقوله لان النقصان بترك الاقل يسير
انما كان كذلك لان جانب الوجود ارجح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقرا
وقوله ومن ترك اربعة اشواط منه يعني من طواف الصدر وقوله ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر

فعليه الصدقة يعني لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة
ههنا سوان يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة والحاصل ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب
الشاة واذا كان في اكثره شاة فلا بد ان تكون في اقله صدقة ❊ ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ❊ ماذكر من
المسئلتين والفرق بينهما واضح وفائدة نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط طواف البدنة عنه وههنا اصل وهو
ان كل من وجب عليه طواف واتى به في وقته وقع عنه سواء نواه او لم ينوه او نوى به طوافا آخر فالمحرم اذا دخل مكة فطاف
ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم وان كان قارنا كان
الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع او طوافا آخر وانما كان كذلك لان الاحرام قد انعقد لادائه
فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم تتغير بنيته كما اذا سجد ينوي به تطوعا لم تتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه وقوله
على ما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة وقوله
ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء واضح وقوله واما السعي يعني انما يعتبر السعي وان لم يفتقر الى الطهارة لعدم وروده
ورود الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لانه لا يعد قربة بدون الطواف وقوله وليس عليه في السعي شيء معطوف
على قوله فعليه دم وقوله وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي يعني ليس عليه شيء وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعض المشائخ
اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لانه لما اعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول واذا انتقض ذلك حصل
السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه دم ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي
والمعتمد ان الطهارة ليست بشرط في السعي وانما الشرط فيه ان يكون على اثر طواف معتد به فطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به
فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان اعاده تبعا للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه وقوله ومن ترك السعي
ظاهر وقوله ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية ان يقال ومن افاض قبل غروب
الشمس فعليه دم لما ان المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس واقول قوله هذا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة
الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا يكون الا قبل الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة
وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب فان قيل قوله عم من وقف
بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الامتداد شرطا لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار
دون الليل قلت ترك ظاهره في حق النهار بقوله عم فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره وان عاد الى عرفة
بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته
لان الواجب عليه الافاضة بعد الغروب وقد اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم ووجه
الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المتروك لا يصير مستدركا بالعود لان المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك ليس بمستدرك
بعوده وحده لا محالة واذا عاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال
لا يسقط عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه
استدرك سنة الدفع مع الامام ❊ ومن ترك الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركهما يجب عليه
الدم لكن اذا ترك رمي الجمار في الايام كلها وهي اربعة ايام نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم
واحد وقال بعض المشائخ يلزمه بترك كل يوم دم لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان
كمن قص اظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله لان الجنس متحد وكل ما كان
كذلك لا يتعدد فيه الكفارة كما في الحلق فانه ان حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد وان كان يلزمه لو اقتصر على حلق الراس
او ربعه وقوله والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي جواب عما قال ذلك البعض من المشائخ ان المجالس

المجالس مختلفة ووجه ذلك ان ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على
خلاف القياس فلا يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية في ايام النحر فيرميها على التاليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت
الايام باقية بخلاف قص الاظافير فان تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس ثم بتاخيرها عن هذه الايام يجب الدم
وهو شاة عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل هذا بظاهره يدل على انه اذا
نفر النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم واحد وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه
دم اجيب بان التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع فاما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه
الدم فكان كالتطوع يتخير فيه قبل الشروع ويجب بعده وقوله ومن ترك رمي احدى الجمار مبناه على ان ما كان نسك يوم
فتركه يوجب الدم وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة فعلى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها
في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في ايام النحر فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند ابي حنيفة
قوله فكان المتروك اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك سبع حصيات والمؤتى به اربعة عشر حصاة وقوله الا ان
يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي احدى الجمار اي لكن اذا ترك اكثر من رمي احدى
الجمار وبلغ المتروك اكثر من النصف مثل ان يترك احدى عشرة حصاة ورمى عشر حصيات فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك
الاكثر والاكثر يقوم مقام الكل وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رميا نصب رميا على التمييز لان فيه وظائف غيره كالذبح
والحلق والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي وقوله وكذا اذا ترك الاكثر منها اي من جمرة
العقبة وقوله الا ان يبلغ دما استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما يتصدق لكل
حصاة قيمة الدم فحينئذ ينقص من الدم ما شاء حتى لا تلزم التسوية بين الاقل والاكثر وقوله لان المتروك هو الاقل دليل قوله
تصدق ❊ ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر ❊ هذا بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة يوجب الدم بالتاخير خلافا
لهما وقوله وكذا الخلاف في تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم الثاني
الى الثالث او من الثالث الى الرابع وقوله وفي تقديم نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك
كالحلق قبل الرمي سواء كان مفردا او غيره ونحر القارن او المتمتع قبل الرمي وحلق القارن والمتمتع قبل الذبح
وانما خص القارن بذلك لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي او حلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه لان تاخير النسك لا يتحقق
في حقه هناك لكون الذبح غير واجب عليه فان قيل تقديم نسك على نسك يستلزم تاخير نسك عن نسك فكان في
كلامه تكرار فالجواب انه اراد بالتاخير ما يكون بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الآنات في يوم واحد فلا تكرار لهما
ان ما فات مستدرك بالقضاء وهو ظاهر وكل ما يستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في احكام الشرع ولابي
حنيفة حديث ابن مسعود قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن
العاص انه عم وقف للناس بمنى يسألونه فجاء رجل وقال نحرت قبل الرمي فقال عم افعل ولا حرج فما سئل عم عن
شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على ان لا شيء في التقديم والتاخير فالجواب انه متروك الظاهر
لانه يدل على ترك القضاء ايضا ويجوز ان يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئا كما ذكرنا وكذا غير
ذلك كما ذكر ويجوز ان يكون مما ليس هو موقت فلا يوجب التاخير فيه شيئا سلمناه ولكن يكون معارضا بما روينا من حديث
ابن مسعود وقيل الصحيح ان راويه ابن عباس فيصار الى ما بعدهما والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله
ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فان الحاج اذا جاوز الميقات بغير احرام ثم
احرم وجب عليه الدم فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان يجامع تمكن نقصان التاخير فيهما فان قيل
معنا قياس ايضا وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان فيما ذكر في حيز التعارض فالجواب

ان قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن العهدة بيقين وقوله وان حلق في ايام النحر ظاهر قال المص ذكر محمد في الجامع الصغير
قول ابي يوسف في المعتمر انه لا شيء عليه ولم يذكره في الحاج اذا حلق خارج الحرم فقيل انما لم يذكره لانه بالاتفاق في وجوب الدم
لان السنة جرت في الحج بان يكون الحلق بمنا وهو من الحرم فتركه يلزمه الجابر والاصح انه على الاختلاف عندهما يجب الدم وعند
ابي يوسف لا يجب شيء ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله فالحاصل ان الحلق يعني في الحج يتوقت
بالزمان والمكان اي بيوم النحر والحرم عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يتوقت وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر
يتوقت بالزمان دون المكان واما قوله يعني في الحج لان الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان موقتا
بهما كان كالوقوف فينبغي ان لا يعتد به اذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة او طاف بغير البيت فالجواب ان محل
الفعل هو الراس دون الحرم ولكنه جاز بالتاخير عن مكانه فيلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فان
محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز وجه قول ابي حنيفة على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله
ولهما ان الحلق لما جعل محللا الخ واما على اختصاصه بالزمان فان الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يتوقت
بالزمان كالطواف ووجه قول ابي يوسف اما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم
الخ واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو ان الحلق الذي هو نسك في اوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك
لا يختص بزمان فكذلك هذا ولو اردت ان تجعله دليلا للشيئين قلت فكما ان ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا اذ لو كان
مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد عرفت جواب ذلك انفا ووجه قول محمد اما على
اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما ان الحلق الخ واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل ابي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان
ووجه قول زفر ان التحلل عن الاحرام معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم احرام الحج على اشهره
دون المكان حتى جاز ان يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو اخر عن ايام النحر لزمه
الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لا يلزمه شيء وقوله وهذا الخلاف اي ما ذكرنا بين علمائنا في التوقيت انما هو في حق التضمين بالدم
واما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق وقوله ان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت
بزمان وفيه نظر لانهما في ايام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهتها فيها ليست من حيث انها موقتة بغيرها
بل باعتبار انه مشغول بافعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما اخل بشيء من افعاله فكرهت لذلك وقوله بخلاف المكان لانه موقت
به متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه موقت به عند ابي حنيفة ومحمد بناء على
ما تقدم من الاصح ويجوز ان يكون متصلا بقوله لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان بخلاف المكان لانه اي اصل العمرة
موقت به فلا حاجة الى التاويل وان لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا
لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان ولو فعل الحاج ذلك يسقط عنه دم التاخير عند ابي حنيفة وقوله فان حلق القارن قبل
ان يذبح يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه
دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة
على ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح عليه دمان دم القران ودم اخر لانه حلق قبل
ان يذبح يعني على قول ابي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المص غير مطابق له لانه قال دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم
بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير الى انهما دما جناية ولم يذكر دم القران وقال عندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول
يعني الذي يجب عليه دم بالحلق في غير اوانه لانه لم يذكر اولا سواه ولم يذكر ايضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض
لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعا الى ان قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند
ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح فكانه سهو وقع منه او من الكاتب ولا عيب في السهو على الانسان فان قيل قد وقع

قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم اخر بسبب الجناية على الاحرام لان الحلق لا يحل الا بعد الذبح
واجب ايضا اجماعا ودم اخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير الذبح عن الحلق فيجوز ان يكون المص قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران
من الجانبين وانما ذكر الاخر واشار اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت يا باه قوله فيما تقدم وقالا لا شيء عليه في
الوجهين فانه تصريح بانهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة اصلا على انه مخالف لما هو الاصل في رواية
وهو الجامع الصغير لمحمد فان قيل فعلى ما ذكره محمد يجب ان يجب عليه ثلثة دما لان جناية القارن مضمونة بالدمين وهو غير جناية
الامام المحبوبي فالجواب ان ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف
على القارن فصل لما كانت الجناية على الاحرام بالصيد نوعا اخر فصل عما قبله في فصل على حدة الصيد هو الحيوان
الممتنع المتوحش في اصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحه
يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش في اصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول
والظبي المستانس ويخرج الابل المتوحش لان الاستيناس في الاول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به وهو على نوعين
بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء والاعتبار للمولد لانه الاصل فالبط والاوز بري
لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم يكن وصيد البر محرم عليه لقوله
تعالى احل لكم صيد البحر الاية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم اي بين عدم دخولها في الاية لان حقيقة الاستثناء لا يتصور ولكنه لما كان
عند نا بيان انه لم يدخل استعارة له الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب
على ما ذكر في الكتاب وهي ستة وسياتي العذر عن ذلك فسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة
لابتدائهن بالاذى ولما كان مشهورا اجازت الزيادة على الكتاب ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والماكول وغيره
لتناول اسم الصيد ذلك كله قال واذا قتل المحرم صيدا اذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلما
ذكره في الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلى العشرة العقلية اربعة اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين او محرمين
او الدال حلالا والمدلول محرما او بالعكس من ذلك والاول مما ليس نحن فيه والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا
وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي لا شيء على الدال اصلا لان الجزاء تعلق
بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا وقوله حلالا ليس بقيد فان المدلول ان كان محرما فالحكم كذلك
ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة هل دللتم عليه هل اشرتم اليه على ما تقدم في باب الاحرام فانه يدل على ان الدلالة من
محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يعادم النص الصريح قلت في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على
الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به وقال عطاء هو ابن ابي رباح تلميذ ابن عباس رضي اجمع الناس على
ان على الدال الجزاء قال الطحاوي ولم يرو عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ورد بانه روي عن ابن عمر ليس على
الدال الجزاء واجيب بانه ليس بثابت ولئن كان حمل على ما اذا دل ولم يقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلام
غير متعرض لمحل الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام والاقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة ولانه اي الدلالة وذكر
الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن من الصيد اي الدلالة تفويت الامن من الصيد لانه امن بتوحشه عن الناس وتواريه
عن اعينهم وبالدلالة يزول ذلك فصارت كالاتلاف وقوله ولان المحرم دليل اخر يتضمن الجواب عن قول الخصم
فاشبه دلالة الحلال وتقريره ان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة
مباشرة بخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة بخلاف الحلال فانه لم يلتزم شيئا
على ان فيه اي فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول
عالما بمكان الصيد لانه اذا علم لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون في معنى الاتلاف وان يصدقه في الدلالة لكونه في

يعني الاتلاف واما اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذب وفيه اشارة الى ان الضمان على ذلك الغير ان كان محرما وههنا
شروط اخر لم يذكرها احدها ان يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئا والثاني ان يبقى الدال محرما عند اخذه
المدلول لان فعله انما يتم جناية اذا بقي محرما الى وقت القتل والثالث ان ياخذه المدلول قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله
حتى انفلت ثم اخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لان ذلك بمنزلة جرح اندمل ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء
لما قلنا انه لا التزام من جهته التزم بعقد الاسلام ان لا يتعرض لصيد الحرم اجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف في ذلك
بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الوديعة الا يرى ان المسلم التزم بعقد الاسلام ان لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا
على مال انسان فاخذه لا ضمان على الدال والعامد والناسي في وجوب الجزاء سواء كانا قاتلين او دالين لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف
لقوله تع ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات الاموال فان قيل ليس هذا كغرامات
الاموال الا يرى ان رجلين ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا في قتل صيد كان على
كل منهما جزاء كامل فالجواب ان مناط الالحاق مدارية الاتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد في جميع الجهات يرفع
التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تع ومن قتله منكم متعمدا انص على التعمد وهو يخالف
النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجاز ان يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله عم
الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص
فان قيل فما فائدة قوله متعمدا اجيب بانها التنبيه لان الدلالة قد قامت على ان صفة التعمد في القتل تمنع وجوب الكفارة
كما علم الله عز وجل بهما بانها اذا وجبت في العمد فلان يجب في الخطأ اولى والمبتدئ والعائد في وجوب الكفارة سواء لان
العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل قال الله عز وجل ومن عاد
فينتقم الله منه جعل كل جزائه بالغا انتقام الله فلا يكون له موجب سواه كما عرف فالجواب ان هذا متمسك ابن عباس
وداود الظاهري في ان موجب العائد ان يقال له اذهب فينتقم الله منك ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا او مستخفا
به كما في قوله تع في باب الربوا فاولئك اصحاب النار الآية واما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة النص وقوله والجزاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد يعني يقومه ذوا عدل من حيث انه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة فاذا قتل
المحرم البازي والمعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته معلما واجيب
بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص ذلك
فلا يدخل في الجزاء واما وجوب القيمة في الاتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في
الضمان واشار بقوله صنعة لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقي كما اذا كان طيرا يصوت فازداد قيمته لذلك ففي اعتبار
ذلك في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس من معنى الصيدية في شيء وفي اخرى يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة
كالحمام اذا كان مطوقا وقوله ثم هو يعني القاتل يخير في الفداء ظاهر وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير اي
المنظر لا القيمة ففي الظبي شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تع فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول من النعم
ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل والقيمة لا تكون نعما وبان الصحابة وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود
اوجبوا النظير على ما بينا يعني قوله ففي الظبي شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي بلغت اربعة اشهر الخ وما ليس له نظير
من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام وما اشبههما تجب فيه القيمة عند محمد وكان قوله كقول ابي حنيفة وابي يوسف
والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات ما وجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب
ويهدر والعب من باب طلب ان يشرب الماء من غير ان يقطع الجرع فانه ابو عمرو والحمام يشرب بهذا الخلاف
سائر الطيور فانها تشرب شيئا فشيئا ويقال هدر البعير والحمام اذا صوت من باب ضرب ولابي حنيفة وابي يوسف

وابي يوسف ان الله عز وجل اطلق المثل والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من
تناول النص وفي ذلك اهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكون المثل المعنوي
مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا والا لزم عموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا
ما قالوا واعترض بان المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة في احدهما مجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم
بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق والمعنوي كما في قوله تع فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له مثل صورة ومعنى كما في المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالمقيمات والجواب ان المطلق ما يتعرض
للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من افراده المحتملة فلو كان
دالا على ذلك لوجبت المغايرة عن المغايرة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره والمراد ههنا مراد بالاجماع
فلا يكون غيره مرادا ويتمثل ذلك نقول في الآية الاخرى اما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر
ان الموجب الاصلي اولى بالارادة ورد العين يثبت بقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترده واما على قول من يقول موجب الغصب
رد العين واداء القيمة مخلص فكذلك يكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه
وقوله لما فيه من التعميم دليل آخر يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول ما له نظير وما ليس له ذلك وفي ضده اي في اعتبار المثل
صورة تخصيص لتناوله ما له نظير فقط والعمل بالتعميم اولى لكون النص ح اعم فائدة وقوله والمراد بالنص جواب عن قولهما لان القيمة
لا تكون نعما وتقريره ان المراد بالآية فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي لان المثل بمعنى القيمة على ما بينا من النعم بيان لما قتل والمراد
من النعم النعم الوحشي لان الجزاء انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلي وقد ثبت ان النعم كما يطلق على الاهلي في اللغة يطلق على الوحشي
قاله ابو عبيدة والاصمعي فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء فاذا كان الجزاء القيمة كيف ان يكون هديا بالغ الكعبة
اجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الامور الثلثة وقوله والمراد بما روي
جواب عن قوله قال عم الضبع صيد وفيه الشاة وعن اثر الصحابة يعني ان ايجاب النبي عم والصحابة رضي هذه النظائر لم يكن
باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا انهم ارباب المواشي فكان الاداء
عليهم منها ايسر وهو نظير قول علي في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة ثم الخيار الى القاتل
يعني اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا فالخيار ان يجعله هديا او طعاما او صوما الى القاتل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في تعيين احد الاشياء فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام
او الصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان التخيير
شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه ليرتفق بالخيار كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تع يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ
الكعبة الآية ووجه ذلك انه ذكر الهدي منصوبا تفسيرا لقوله يحكم به فان ضميره مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير
وقيل اي التمييز فثبت ان المثل انما يصير هديا باختيارهما وحكمهما او مفعول لحكم الحكم على ان يكون بدلا عن الضمير محمولا على محله
كما في قوله تع قل انني هداني ربي الى صراط مستقيم دينا قيما وفي ذلك تنصيص على ان التعيين الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك في
الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولانه عطفهما عليه بكلمة او وهي للتخيير فيكون الخيار اليهما وفي
توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة او لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا على قراءة عيسى
بن عمر النحوي وهي شاذة وهو الشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة الا من حيث انه كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف
في الاصول وقوله قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره ان الدليل انما يصح ان لو كان كفارة معطوفة على هديا وليس
كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة على قوله فجزاء بدليل انه مرفوع وكذلك قوله تع او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن في الآية
دلالة اختيار الحكمين في الطعام والصيام واذا لم تثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل

وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف لا غير ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه رفقا له ويقومان اى الحكمان في المكان الذى
اصابه المحرم قال شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذى اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان وقوله
فان كان الموضع برا لا طعام وقوله وقيل يعتبر المثنى ههنا في جزاء الصيد بالنص وهو قوله يحكم به ذوا عدل قال في الكتاب
عن قبيصة انه اصاب ظبيا وهو محرم فسال عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما
علم امير المؤمنين حتى سال غيره فاقبل عليه ضربا وقال اتغمض الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا
فانا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله ويجوز الاطعام في غيرها يعنى سواء كان طعام الاباحة او التمليك وقوله والصوم يجوز في غير مكة
يعنى بالاجماع وقوله اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام بان يصيب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من بر
قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لان
جوازه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة وقوله لان الاراقة لا تنوب عنه اى لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب
عن الهدى حتى لو سرق بقى الواجب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق
قال واذا وقع الاختيار على الهدى . اذا اختار القاتل الهدى يهدى ما يجزيه في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضان او الثنى
من غيره عند ابى حنيفة لان مطلق اسم الهدى ينصرف اليه كما في هدى المتعة والقران فانه ينصرف الى ما يجزى به في الاضحية واعترض
عليه بان اسم الهدى قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبى هذا هدى فليكن في محل النزاع كذلك واجيب
بان الكلام في مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك وقال محمد والشافعي يجزى صغار
النعم قال في النهاية وذكر في المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضى خان قول ابى يوسف مثل قول محمد
لان الصحابة اوجبوا عناقا وجفرة فدل على جواز ذلك في باب الهدى وعند ابى حنيفة وابى يوسف يجوز الصغار على وجه
الاطعام فيجوز ان يكون ايجاب الصحابة على ذلك الوجه واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعي
وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته وقوله واذا اشترى بالقيمة طعاما
اشارة الى انه يجوز ان يقوم المتلف بالقيمة ثم يشترى بالقيمة طعاما وقوله ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع يعنى نصف
صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله وان اختار الصيام ظاهر وقوله وكذا اذا كان الواجب دون
طعام مسكين بان قتل يربوعا او عصفورا او لم يبلغ قيمته الا مدا من الحنطة يطعم ذلك القدر او يصوم يوما كاملا لما قلنا
ان الصوم اقل من يوم غير مشروع وقوله ولو جرح صيدا ظاهر وقوله ما لم يفسد اشارة الى انها اذا كانت مذرة فلا شئ عليه
لانه لم يتلف شيئا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا وقوله فان خرج من البيض فرخ ميت هذه المسئلة لا تخلو من ان علم
انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم يعلم ان موته بسبب الكسر او لا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثانى
فلا شئ عليه وان كان الثالث فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه
قيمة الفرخ حيا لما ذكر في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى كسره قبل اوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك
اتلاف له والاتلاف يوجب الضمان وقوله فيحال عليه اى بالموت على الكسر والباصلة كان اصله يحال الموت على الكسر اى
يضاف اليه فان قيل بيض النعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما
فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار انه سبب الفرخ ولهذا
لا يجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب ضمان الفرخ لا يجب عليه ضمان البيض وقوله وعلى هذا اى على القياس
والاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما فان قيل قد تقدم ان ضمان الصيد اشبه غرامات
الاموال ومن ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين
اجيب بان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب

في موضع الشك فاما جزاء الصيد فمبنى على الاحتياط فرجح فيه شبهة النفسية في الجنين ووجب الجزاء وليس في قتل الفواسق
الخمسة شئ لان النبى عم استثنى بقوله خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب
العقور وذكر الذئب في بعض الروايات فقيل فيما ذكر الكلب العقور مراده الذئب وقيل ان الذئب في معنى الكلب العقور
وذكر المصنف في اول هذا الفصل الستة بناء على الرواية او الدلالة وقوله والمراد بالغراب الذى ياكل الجيف ويخلط اى النجاسة
مع غيرها اى ياكل الحب تارة والنجاسة اخرى ووقع تكرارا لانه ذكره في اول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابى
يوسف فكان مستغنى عن ذكره وقوله الذى ياكل الجيف خرج لا صفة فكان موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب
الذى ياكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله لانه يبتدئ بالاذى قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون في قوله
واما في العقعق ولا يبتدئ بالاذى نظر لانه يقع على دبر الدابة وعن ابى حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس
والمستوحش منهما اى من الكلب العقور وغير العقور سواء اما العقور فظاهر لانه ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه
الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله لان المعتبر هو الجنس يعنى الحقيقة التى يسمى كلبا لا فردا دون فرد وهذا لان
هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضى الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب انه ليس للتقييد بل
لاظهار نوع اذاه فان ذلك طبع فيه وقوله لانها ليست بصيود يعنى انها ليست بمستوحشة عن الادمى بل هى طالبة وليست
بمتولدة من البدن يعنى حتى يكون من باب قضاء التفث كالقملة ثم هى موذية بطباعها فلا يجب بقتلها شئ وقوله
ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى يعنى قوله لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن سماها علة وان كانا في معنى
علتين لانه ذكر في موضع السلب وفي موضع السلب يكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في ان الحكم ينتفى بالجميع كما انه
ينتفى بانتفاء الواحدة وقوله ومن قتل قملة تصدق بما شاء وقد اوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصرا في القتل بل الالقاء في الارض
كالقتل سواء اخذها من راسه او من موضع آخر وقيل في القملتين والثلث كف من طعام وفي الزيادة على ذلك نصف
صاع من حنطة وقوله شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا قال في الجامع الصغير كسرة خبز وقول عمر تمرة
خير من جرادة قصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر
ارى دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة قال ومن حلب صيد الحرم . اللبن من اجزاء الصيد لقوله تع
نسقيكم مما في بطونها وكلمة من للتبعيض وقوله كالسباع اى سباع البهائم ونحوها اى سباع الطير وقوله وكذا اسم الكلب
يتناول السباع باسرها لغة يعنى ان النبى عم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فانه اهلى ليس بصيد
فكان المراد ما يكلب اى يشتد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان كان الله تعالى قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الا ما
كان موذيا ولو كان النص بهذه الصيغة لم يتناول الا ماكول اللحم فكذا هذا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من
الناس وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصاد به او لدفع اذاه وكل ما هو صيد يتناوله قوله تع لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء
بقتله والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما يعدو علينا وعلى
مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله
لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اى اقوى وارجح في هذا الموضع كما في الايمان لبنائه على الاحتياط في ايجاب الجزاء
وقوله ولا يتجاوز بقيمته شاة اللام للتعدية وشاة مرفوعة لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة الذى لا يوكل لحمه من
الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا
بماكول اللحم والجامع الضمان ولنا قوله عم الضبع صيد وفيه شاة فلما ورد الشرع بتقرير لا يزاد عليه براى لان المقادير
تعرف سماعا ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده اذ اللحم غير ماكول لا لانه محارب كما في بعض السباع الفيل يعلمه
اهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولان الاصل

معنى الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا تتقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا
وقوله واذا صال السبع على المحرم اي وثب فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على
انسان فقتله الانسان فانه تجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي عن عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال
انا ابتدأناه يعني الايذاء انا لا نبتدأ فيدل على ان الدافع لا يجب عليه شيء والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان
التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في خطابات الشرع اما في
الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع لانه في حيز الاستدلال فلا يفيده والجواب
ان الاستدلال انما هو بفعله وقوله رواية فيفيده وقوله ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث
الفواسق ووجهه ان قتلها ابيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق اولى فكان ماذونا بقتله
من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء فان المحرم اذا حلق راسه فتطيب بعذر فهو ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء
فالجواب ما ذكره بعد هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به
اذى من راسه الآية فكان فائدة هذا الاذن رفع الحرمة لا غير وتحقيقه ان نفي الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت
بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال فليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الراس
لان الاولى نادرة والثانية كثيرة بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض
بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه واجيب بان العبد مضمون في
الاصل بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة اسقط حقه كما اذا ارتد
وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما يكون في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله وان اضطر
المحرم ظهر معناه مما ذكرناه آنفا وقوله والمراد بالبط يعني المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طيرانه
كطيران الدجاج في البطوء ويجوز ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته اذا البسته السراويل
وقوله ونحن نقول الحمام متوحش تقريره الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس
عارض جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكوة الاضطرار
حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا فمات قبل ان يدرك ذكوته لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب
بان مدار صحة ذكوة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا ترى ان البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد
لوجود العجز عن ذكوة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه ياوي في الليل الى برجه وقوله وكذا اذا قتل ظبيا
ظاهر **فصل** واذا ذبح المحرم صيدا • اذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا
ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كانه
هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير بنفسه جاز ان ياكله فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة النص وتعليله يدل على
ان المذبوح يحل لغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لا بذبح ليكون عاملا له واذا
كان متعلقا به لا يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه او لغيره حرام عليه عنده ايضا فلا واحد قلت
ارى ان يكون قوله لغيره يحرم الفعلين جميعا وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك فان التقييد
روايا مفيد بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم تتم الدعوى وان
كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل عليه ولم يشر اليه قلت
التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وان انتقل الفعل اليه
حكما ولئن ان الذكوة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص وهو قوله تعالى لا تقتلوا الصيد

الصيد سماه قتلا دون الذبح او الذكوة اشارة الى انه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفي وهو
بذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا يقع ذكوة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المص اشار
الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا وبيانه ان الدم
منجس للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك امر متعسر خفي وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح
مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث اخرج
الصيد عن المحلية بالنص بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجهن عن محلية النكاح
بخلاف ذبح شاة الغير بغير امره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على مشروعيته كما عرف في الاصول
وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند ابي حنيفة قال الامام التمرتاشي هذا اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا
اكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما اكل في الجزاء وقوله وقالا لا وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط يريد ان حرمة
التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت
الحرمة مضافة الى الاحرام بهذه الوسائط فكان متناولا لمحظور احرامه فيجب عليه الجزاء وظهر من هذا الجواب عما اذا
ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه فانه لا يلزمه شيء آخر لانه لم يتناول محظور احرامه وانما وجب عليه جزاء المحل
وهو لا يتكرر فان استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شيء آخر اجيب
بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما
اصطاده لاجل المحرم يعني ان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء امره بذلك او لم يامره وقوله تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم
يريد به ما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول الله عم نائم في حجرته فقال فيم
انتم فذكرنا ذلك له فقال لا باس به وقوله واللام فيما روي يعني مالكا من قوله او يصاد له لام تمليك فيحمل على ان يهدي اليه
الصيد دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدي الصيد الى المحرم لا فيما اهدي اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة
فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت ان الصعب بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله عم حمارا
وحشيا وهو بالابواء فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم او يكون معناه او يصاد له بامره واعلم
ان هذا الحديث روي بالرفع او يصاد وهو لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاد غيره لاجله لانه صار معطوفا على
المنفي لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي بالالف هكذا وانما يصح له التمسك على رواية
او يصد له ليصير معطوفا على الغاية وهي صيغة وقوله قالوا اي المشايخ فيه اي في شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية
يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني **فصل** وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال • اذا قتل
الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء كما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب
الحرم فكذلك بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجه
القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم
يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وبين قتل
الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان
صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت
هذا مناقض ما ذكرت آنفا انه يؤدي في ضمن اداء جزاء الاحرام اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدي في ضمن اداء
جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما يكون الحرمتان لواحد وهو الله
عز وجل وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله وما وجب بازاء المحل للعبد ولا يمكن ان يقضي بمالية ما للعبد

لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون والكافر واذا استهلكوا
صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى ان حلالا لو اصاب صيد الحرم فقتله في
يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما نصف من جهة احدهما بالاخذ المفوت للامن والآخر باراقة الدم بل بالتصدق بالجزاء بشرط
ان يكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى انه يتادى بها اذا كان قيمته قبل الذبح
مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لان الهدي مال يجعل لله واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق
الا يرى ان المضحي يجعل الاضحية لله عز وجل خالصة باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم بصيد فالخ
النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي فان المحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد
الاحرام بالاتفاق قال الشافعي الصيد الذي في يده مملوكه وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته وقلنا انه لما حصل في
الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم وبين الملازمة بقوله اذ صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم يستحق
الامن بما روينا من قوله عم في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض الصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله يشير الى
انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده وقوله وقيل
ان الصحيح ظاهر وقوله وبذلك جرت العادة الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها
وقوله ولان الواجب ترك التعرض دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب
ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك في الملك ليس عنه في
لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك ولا لزم الجزاء ارسل او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في
يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه لكن على وجه لا يضيع بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله
فان اصاب حلال صيدا ظاهر وقوله ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احتراز عما اخذه المحرم فانه لا يملك الصيد والملك
المحترم لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم فارسله ثم حل فوجده
ما في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل من احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل
له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب
اخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك اجاب بقوله والواجب عليه ترك التعرض لا الاخراج عن ملكه
ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه يده بالارسال كان متعديا فيضمن ونظيره هذا الاختلاف الاختلاف في
كسر المعازف فانه لا ضمان فيه عندهما لانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير لهو
وان اصاب محرم صيدا ظاهر وقوله فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد
الآمن والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعد الاخذ متمكنا من الارسال
وقد فات ذلك به وتقرير التعرض والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم
يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف ثم يرجع الآخذ على القاتل
بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الآخذ انما اخذ بصنعه ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره وفيما لا يقبل الملك
لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كما لو غصب خنزير ذمي فاتلفه
في يده آخر فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال
الهلاك به فهو اي القاتل بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه
كالغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بان الرجوع

يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وبما ليس بمملوك ليس بمضمون والتزام الاكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة يعني بها يجزيه
الصوم فيه والرجوع يطالبه بضمان محكوم به يحبس عليه وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لم يستلزم
الملك بل يجوز ان يكون في مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط
الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا اتلفه انسان في يده فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على
القاتل بقيمته كما ملكه وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كما
اذا غصب مدبر ابيه فغصبه منه آخر ثم الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس بما لزمه لابنه
والجواب عما استشهد به زفر ان غاصب الخنزير لم يثبت له يد محترمة لان خروجه عن محلية التملك لاهانته بخلاف الصيد لان
ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحترامه الآدمي فيثبت له يد محترمة وان لم يثبت له ملك فصل فان قطع حشيش الحرم
اعلم ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون من جنس
ما ينبته الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني وهو ما نبت بنفسه
وليس من جنس ما ينبته الناس ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان ينبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه ام
غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع فقوله وان قطع حشيش الحرم الى ان قال فعليه قيمته اشارة
الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله لا يختلى خلاها اي لا يحصد رطبها ولا يقطع شوكها
وقوله لان حرمتهما بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم وهو
على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله بخلاف الصيد يعني انه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد
الحرم اصلا والفرق ما نذكره يريد قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وقوله والذي ينبته الانسان عادة متصل
بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة يعني
ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبته فكان غير مستحق الامن الحاقا بحل الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة
الى غيره بالانبات وقوله ولو نبت بنفسه يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه في ملك رجل فقد ظهر مما ذكرناه آنفا
واعترض عليه بوجهين احدهما ان النبات يملك بالاخذ فكيف يجب القيمة بعد ذلك والثاني ان الحرم غير مملوك
لاحد فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى ضمانا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله عم الناس شركاء في ثلث الماء والكلأ محمول
على خارج الحرم واما حكم الحرم فبخلافه لانه حرام التعرض بالنص كصيده وعن الثاني بانه على قول من يدعي ملك ارض الحرم وهو
قول ابي يوسف ومحمد وقوله وما جف من شجر الحرم بيان الاستثناء في مطلع هذه المسألة وهو ظاهر وقوله لا باس بالرعي لان
فيه ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج والعمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة ولنا ما روينا
يعني قوله عم لا يختلى خلاها وانما يعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل مشفرة كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع وقوله وحمل
الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل
ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف الاذخر لان الرسول عم استثناه فيجوز رعيه روي
ان العباس لما قال رسول الله عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانها لقبورهم وبيوتهم فقال عم
الا الاذخر وتاويله انه عم كان من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك او كان اوحي الله ان يرخص فيما استثناه
العباس فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص الرعي بالقياس عليه قلت الا
ليس تخصيص لكن سلمنا ذلك الا ان الاذخر مخصوص بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي وقوله بخلاف الكماة معطوف
على قوله بخلاف الاذخر يعني انها ليست بداخلة في الحرمة لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها فصل

وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما كل ما فعل على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان دم لحجته ودم
لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل
احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة واذا اجتمع امران في ايجاب حكم واحد واحدهما اقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه
ويجعل الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب
ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم احرام
الحج فكانا متساويين فلا يستتبع احدهما الآخر فان قيل فعلى هذا يجب ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف
بعرفة فاما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لان احرام العمرة بعد الفراغ من افعالها
لم يبق الا في حق التحلل خاصة وكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان وهو
خلاف لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا ترى
انه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم احرم بالحج بعدما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وبتأخير واجب واحد لا يجب
الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لان من اصله ان
الاعتبار للمحل وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل ههنا واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم
وحقوق العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزية
اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل واما انه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله
بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله
واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر بما تقدم غير مرة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل
قال المص لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع لخروجه
عن محلية الذبح كذلك والبيع المضاف الى غير محله باطل وبيعه بعدما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل وقوله ومن اخرج
ظبية من الحرم حلالا كان او محرما فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا
للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاق الامن شرعا وكل ما اتصف
بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه ببقاء الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مامنه واجب واما ان
كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسري الى الاولاد فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانها
واجب الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد الغصب غير مضمونة والجواب ان الصفة الشرعية
تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبية ممتنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد
لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب والله اعلم بالصواب

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه ذكر باب
مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه
بعد الاحرام ومطلق ذكره جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب
فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة وهو الاحرام والاحرام
غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان ونقصانه
يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة
فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى غيره
من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات

الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند ابي
حنيفة وقالا ان رجع محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات
انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك
في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك
لان المتروك هناك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام
بينهم في ان التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم
من دويرة اهله ومر به ساكتا صح وعنده بعوده ملبيا لان العزيمة في الاحرام ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صار
موضع احرامه فيشترط التلبية هناك فاذا لبى ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما
اذا ترخص بالتأخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات
ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في
احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكره وقوله ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف متصل بقوله وان
رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلثة اوجه في وجه لا يسقط بالعود وفي وجه
يسقط به بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يتجاوز
الميقات بغير احرام فان جاوز فاما ان يعود اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او
بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعد ما ابتدأ
الطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك
في اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ من الميقات تقديرا وبعدما وقع منه شوط معتد به لا يتصور
كونه مبتدئا وظهر لك مما ذكرناه ان قوله واستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك هو الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور
وقوله فان دخل البستان ظاهر وقوله التحق باهله يعني سواء نوى مدة الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما وقوله وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته
الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم وقوله ومن دخل مكة بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فعليه حجة او
عمرة ثم حج من عامه ذلك حجة الاسلام او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب عليه بدخوله مكة بغير احرام وقال زفر
لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا تسقط
بها المنذورة كذلك ههنا والجامع ان كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الاخرى فان ما وجب عليه بالدخول بمنزلة
ما يجب عليه بالنذر في ان الشروع ملزم كالنذر فكما لا يتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع فيهما وصار ذلك كما اذا تحولت
السنة ثم حج فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بلا احرام ولنا وهو الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهو السنة التي دخل
فيها مكة لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك لما اتاه محرما بحجة الاسلام
في الابتداء فانه يجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخول مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته
بمضي وقت الحج فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون
العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت
معين فينبغي ان يسقط العمرة الواجبة بدخول مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة
الاولى اجيب بان تاخير العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه وصار كالمفوت لها فصارت دينا ومن جاوز الميقات
بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلثة احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما المضي فلان

الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات انجبر به ما انتقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام فسقط عنه الدم كمن سهى في صلوة ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم ففاته الحج ثم قضاه فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه اى من الميقات في القضاء وهو اى القضاء يحكي الفائت اى يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لاجله لزم الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره عن المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه قوله واذا خرج المكي من الحرم ظاهر

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة قال ابو حنيفة اذا احرم المكي بعمرة طاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة او لا فطاف لها شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق الافاقي الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها بعينها وقيد بالعمرة لان المكي اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام الحج قد تاكد وقبل التاكد كان يؤمر برفضها فبعدها اولى وقيد بالشوط يعني الواحد لانه اذا طاف لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونه واقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي لا غير وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين قوله وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا يعني من الامور الثلثة وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة وقوله وان طاف للعمرة اربعة اشواط ظاهر مما ذكرناه آنفا وقوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما اختلف النسخ ههنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند ابي حنيفة وفي بعضها وكذلك اذا طاف العمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله وكذلك قال صاحب النهاية ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكثي والصواب وكذلك يعني النسخة الاخيرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحد من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة ظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة رح لانه لم يأخذ حكم الوجود فصار كانه لم يطف للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذلك في المعدوم الحكمي فقال ليس كذلك فانه لما اتى بشئ من افعال العمرة فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفع غير المتاكد اسهل وهذا هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة والحالة هذه يعني والحال انه اتى بشئ من افعال العمرة ابطال العمل اى الطواف الذي اتى به وفي رفض الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال ما وقع معتدا به قوله وعليه دم الرفض ايهما رفضه يعني الحج والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه لكون الجمع بينهما غير مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل

للتحلل ويكون اللزوم دم جبر لا دم شكر على ما يأتي فان قيل بالملازمة دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما فالنقصان حيثما تمكن فانما تمكن في احدهما فلذلك لزمه دم واحد الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاءه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها ههنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا وان مضى عليهما يعني اذا لم يرفض المكي ومن بمعناه العمرة او الحج وانما مضى عليهما واداهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اى عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية في نسخة شيخي بخطه منهي عنها اى عن العمرة اذ هي المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف الحج والكلام فيه لانها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع العصيان وفي نظره وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه قيل ذكر المص في اول المسئلة ان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ثم ذكر ههنا انه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا انه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع كاملا كما في حق الافاقي وبه يندفع التناقض وقوله وعليه دم واضح فصل ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى • اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة اقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على ادخال العمرة وادخال احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على ادخال العمرة على الاقسام الباقية لكونه ادخل في كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على غيره لقوة حاله اذا كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية وكمية الافعال والاصل في ذلك ان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي يلزمه احدهما ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على ان الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمد يقول وهو وان كان شرطا للاداء الا انه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء وحجتين او عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة في الصلوة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض في الذمة بدليل انه يصح منفصلا عن الاداء والذمة تسع حجاكثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلوة لانها لا تصح منفصلة عن الاداء الا انه لا بد من رفض احدهما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه واما لان البقاء للاداء الالتزام والجمع اداء غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى اداء احدهما صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف كما خرج من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفائدة قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا احصر في هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف اذا عرف هذا نعود الى تطبيق ما في الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى ان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما ذكرنا انه التزام محض ولا شئ عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق في الاولى واحرم بحجة اخرى صار جامعا بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة او يؤخر الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق وان اخر فقد اخر الحلق في الاولى عن وقته والتأخير عن الوقت مضمون في قول ابي حنيفة ولهذا قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اى حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى فذكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لان الافضل في حق الرجل الحلق وفي حق النساء التقصير وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه لان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة الى اخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق لكن يرد عليه شئ وهو المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل انه اذا جمع بين احرامين لم يلزمه احدهما وهو المروي عن الامام التمرتاشي والفوائد الظهيرية وح ينبغي ان لا يلزمه دم وان قصر لزوم الآخر فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان ومن فرغ من عمرته الى التقصير فاحرم بعمرة اخرى فعليه دم يعني بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت لان وقته بعد الحلق عن الاولى ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم

وهو دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه المسألة من خواص الجامع الصغير يبين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين
وسكت محمد عن بيان وجوبه للجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان
واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسألة ايضا تدل على ان مذهب محمد في لزوم الاحرامين كمذ
هبهما والا لما لزم عنده شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا اراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا احدهما
فيستقيم وقوله ومن اهل بالحج اي رفع صوته بالتلبية ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير
بذلك قارنا لانه قرن بين النسكين لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال
الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج آخر الغايتين لكن لما لم يؤثر الحج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان فات في
الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف بعرفة ولم يأت بافعال العمرة كان رافضا للعمرة لانه تعذر عليه اداؤها
اذ هي مبنية على الحج غير مشروع وهو ان يكون افعال الحج مبنية على افعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال قال في النهاية
والعامل فيها معنى الاشارة في هي هكذا كانت مقيدة ببعيد بحثي وفيه نظر فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى لو بدا له ورجع
من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفة كان قارنا وقد ذكرناه من قبل يعني في آخر باب القران حيث قال
ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة فمضى عليهما
وتفسير المضي ان يقدم افعال العمرة على افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم لجمعه بينهما مشروع على ما مر يعني قوله
لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي وصح الاحرام بهما وكلامه ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما اختاره شمس الائمة وقاضي خان والامام
المحبوبي ان ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه اخطأ السنة في بناء افعال العمرة
على افعال الحج من وجه فكان كقران المكي وقوله ويستحب ظاهر وقوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق او قبل طواف
الزيارة لان حكم من اهل بها بعدما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما ذكره وقوله لزمته لما قلنا
يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي وقوله يرفضها قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف
فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقوله وقد كرهت العمرة وجه آخر في لزوم الرفض وعلى ما نذكر اشارة الى ما
يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وقوله وعمرة مكانها
اي قضاء لها لرفضه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبين الشروع في
الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا افسده وههنا يلزم اجيب بان بمجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية وهو ترك
اجابة ضيافة الله فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضاء واما بمجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا يحصل لان المعصية اداء افعالها في هذه
الايام ولم يوجد فيلزمه القضاء لصحة الشروع وان مضى عليها اي على العمرة التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على
الحج والعمرة اجزأه ودليله ظاهر وقوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل التحليل بالحلق او في
الاعمال الباقية يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى ان كلام المص على اطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية
لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله او في الاعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله وقيل اذا
حلق يدل على ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل قال
الامام فخر الاسلام ولم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل مشتبه ظاهر ذلك انه لا يرفضها احترازا عن المنهي يعني
النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى
ظاهر ما ذكر في الاصل ان لا يرفضها الا رفض من غير رفض وقوله فان فاته الحج يعني فات الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة اذا
احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه
احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وفائدة تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعنده يرفضها كيلا يصير

جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها وقوله على ما نبينه اراد به قوله لان فائت الحج يتحلل
بافعال العمرة لا قوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة لان هذا غير مذكور هناك وقوله فيصير جامعا اي فائت الحج الذي
احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين افعالا فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فيصير
جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

لما كان من الاحصار ما هو جناية على المحرم اعقبه باب الجنايات
بباب على حدة يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجته او عمرته واذا حبسه سلطان او قاهر مانع
يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي على اتمام افعال ما احرم لاجله فاذا احصر بعدو او مرض فمنع من المضي جاز له التحلل
والشافعي خص الاحصار في العدو وقال المريض ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصبر الى ان يبرأ
لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة بالاحلال والنجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو لان ما به من المرض لا
يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فيندفع عنه شر عدوه ولنا ان آية الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار
بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالته بالمرض اقوى وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام
ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها والثاني انها نزلت في رسول الله
واصحابه وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اللغة اجمعوا على معنى دل ذلك المعنى
ان يكون الآية واردة في الاحصار بمرض وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على اطلاقها من غير حمل
على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه استدلال بمعقول فيه شائبة التنزيل كانه قال سلمنا ان آية
الاحصار وردت في الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض ملحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع
الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة
الى ما هو جناية على الاحرام فقوله فاذا جاز له التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر يقال له ابعث شاة تذبح
في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وهذا على قول ابي حنيفة لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة
عدة يعرف وقت الاحلال واما عندهما فدم الاحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها
في العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب تخير بين المقام والانصراف
قال في النهاية انما قيد بقوله يذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه
ما على الذي ارتكب من محظورات احرامه كذا ذكره الامام قاضي خان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة
لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فدم الاحصار لا يعرف قربة بدون احد هذين فلا يقع به التحلل وقد عين
الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم والمحل بالكسر
عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله ثم فسر المحل بقوله محلها الى البيت العتيق
وليس المراد عين البيت لانه لا يراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم وهذا واضح وقال الشافعي لا يتوقف بالحرم لانه شرع رخصة
والتوقيت يبطل التخفيف لا نهاية ولهذا لم يستحق التخفيف من لم يجد الهدي بل يبقى محرما ابدا ولان نهاية لو كانت مراعاة
للتحلل في الحال كما قال مالك وليس كذلك بالاتفاق بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان معسرا
لا يجد قيمة الشاة اقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي على الحلق
ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي عم حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك فان مثل هذا الذي ذكره من الدليل يدل على
قوله عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي عم في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وح لا يكون دليلا
على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فاين دليله اجيب بان هذه المسألة عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى

واجب والمص اورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابى حنيفة ومحمد يصلح لذلك وقوله
ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعنى ان كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص
من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون فى غير المرتب قربة واما حلق النبى عم واصحابه فليعلم
المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيامنوا اجابتهم ولا يشتغلوا بمكيدة اخرى بعد الصلح وان كان
المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة
لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة لما روى عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله فى حجة
الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا وبالهدى
الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق فى التحلل والقارن يتحلل بحلق
واحد عن الاحرامين فما بال الهدى لا يتحلل عنهما بهدى واحد اجيب بجوابين احدهما ان الحلق فى الاصل محظور
الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى فى غيره كالوضوء للصلوة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة
الواحدة تكفى لصلوات كثيرة واما الهدى فانه مشروع للتحلل الا انه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز
النذر به وما هو كذلك قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلوة والثانى ان الحلق
محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فلا يخ اما ان يكون التحلل واقعا بالاول او بالثانى فان
وقع بالاول كان الثانى لغوا وان وقع بالثانى كان الاول جناية فاما الذبح فليس بمحظور فصح الجمع وقوله ولا يجوز
ذبح دم الاحصار الا فى الحرم اعلم ان اعادة هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة فى بيان
ان دم الاحصار اعرف فى اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه
وقوله اعتبارا بهدى المتعة والقران تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة
متى شاء فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل وربما يعتبر انه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر
فكذلك الذبح وقوله ولابى حنيفة ظاهر وقوله بخلاف دم المتعة والقران جواب عن اعتبارهما صورة النزاع
بهما لانه اى دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا وقوله وبخلاف الحلق جواب
عن اعتبارهما الآخر وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل فى اوانه وهو الذى يترتب على افعال ما احرم
لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت بيوم النحر فلا بد ان يقع الحلق فى يوم
النحر واما الثانى فلانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم
النحر وما نحن فيه من الثانى فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود الفارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله
تع فان احصرتم فما استيسر من الهدى من غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال وعلى المحصر بالحج اذا تحلل فعليه
حجة وعمرة ٥ المحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر قالا قال رسول الله عم من فاته عرفة
بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام فى الذى فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته
بالاحصار لان كلا منهما قد فاته عرفة فعلنا بوجوب العمرة واما الحجة فانها تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل
العمرة فى فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدى فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا راى فى مقابلة النص
لما روى سالم عن ابن عمر انه كان يقول حسبكم سنة رسول الله عم ان حبس احدكم عن البيت طاف بالبيت
وبالصفا والمروة ثم حل من كل شئ حتى يحج عاما قابلا وقوله وعلى المحصر بالعمرة القضاء يدل على ان الاحصار عن العمرة
متصور وقال مالك هو غير متحقق فى العمرة لانها لا تتوقت ولنا ان النبى عم واصحابه احصروا بالحديبية
فقضوها من قابل فكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار

الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما فى الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحداهما فلما بينا يعنى فى المفرد من كونه بمعنى فائت
الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها وقوله فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية ذكر القارن ههنا
وقع غلطا ظاهرا من النساخ فالصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين احدهما انه ذكر
فان بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فانه لا يحل بالواحد لانه ذكر قبل هذا فى هذا الباب فان كان
قارنا بعث بدمين والثانى ان المص جمع بين روايتى القدورى والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة فى هذين الكتابين
فى حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المص قبل هذا فى القارن لم يرد فك النظم قال فان بعث هديا والهدى اسم لما يهدى
الى الحرم سواء كان ذلك دمين او دما واحدا او ثوبا وكان ذكر ان الواجب عليه دمان وسماه هدى القارن فكانه قال فان بعث
القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غالط فى الكلام ولا من نسخه بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان ملبسا فى
حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود او العدد وذلك معلوم
بما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان ههنا وجوها اربعة بحسب
القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك الحج والهدى او يدركهما او يدرك الهدى دون الحج او بالعكس والكل مذكور فى الكتاب ففى
الوجه الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال
العمرة فله ذلك لانه فائت الحج فان قيل اذا كان فى معنى فائت الحج وجب ان يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعى حتما
كفائت الحج اجيب بان الطواف والسعى فى حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدى
الذى بعثه لينحر عنه فله ان يقتصر بذلك ثم يقضى العمرة وقوله ان يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة وفى الوجه الثانى يلزمه التوجه لزوال العجز
قبل حصول المقصود بالخلف كالمكفر بالصوم اذا ايسر قبل تمام الكفارة واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصد
استغنى عنه وفى الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفى الوجه الرابع جاز له التحلل وهذا القسم يعنى الوجه الرابع لا يستقيم على
على قولهما فى المحصر بالحج على ما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله وحرمة المال كحرمة النفس يعنى كما ان خوف النفس كان عذرا له
فى التحلل فكذلك الخوف على ماله لكن الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذى ذكره المص ان حرمة المال كحرمة النفس يخالف لما قاله
فخر الاسلام والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز ان يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز
الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل كانى بايدى الملاك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه
حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه والى هذا اشار المص بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين
لا تقتضى اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه وقوله وله الخيار يعنى وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له
الخيار ان شاء صبر الى ان ينحر عنه الهدى فى الميعاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى
الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله
عليه من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند ابى حنيفة اربعة دماء دم لترك الوقوف
بالمزدلفة ودم لترك رمى الجمار ودم لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير الطواف والحلق شئ فان قيل
قد تقدم ان ازدياد مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار كما فى احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه اجيب بانه
متمكن من التحلل بالحلق الا فى حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل وقوله ومن احصر بمكة
وقوله فلما بينا يعنى قوله من وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا وقوله وقد قيل فى هذه المسئلة يعنى قوله ومن احصر بمكة خلاف بين
ابى حنيفة وابى يوسف وهو ما ذكر على بن الجعد عن ابى يوسف قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر فى الحرم فقال لا يكون محصرا فقلت
اليس ان النبى عم احصر بالحديبية وهى من الحرم فقال ان مكة كانت دار الحرب فاما اليوم فهى دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها
قال ابو يوسف واما انا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المص والصحيح من الرواية ان

الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا ايضا وهو معنى قوله رحمه الله
ما اعلمتك من التفصيل من قبل

باب الفوات

معنى الاحصار من الفوات نازل
منزلة المفرد من المركب لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام واداء فلا جرم اثر تاخيره وقوله ومن احرم بالحج وفاته الوقوف
ظاهر وقوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اي نافذا لازما لا يرتفع برافض فهو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام
المراة في التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة
واحرم مجامعا فان حكمه حكم الصحيح وقوله لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين منقوض بالمحصر فان الهدي طريق له للخروج عنه
كما تقدم واجيب بانه بني الكلام على ما هو الوضع وسبيل الاحصار من العوارض ثبتت بالنص وقوله كما في الاحرام المبهم اي
المبهم من النسكين الحجة والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا فانه يصح احرامه ولا
يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لانها اقل افعالا وايسر مؤنة وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم
فيتعين عليه العمرة وكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة وقوله ولا دم عليه يعني
عندنا خلافا للشافعي فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة
الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الآخر لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الاخر وعما يقدر عليه وقوله
والعمرة لا تفوت اي لانها غير موقتة وهي جائزة في جميع السنة يدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان عمر ينهى
عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده
الى رسول الله عم انه اعتمر في ذي القعدة اربع عمر الا الذي اعتمر مع حجته واما كراهتها في الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي
لا يكره وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله والاظهر من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده وقوله
والعمرة سنة اي سنة موكدة وقوله ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية استشكل
بالايمان وصلوة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين وبالصوم فانه يتادى بنية غيره وهو فرض واجيب بانا قد قلنا ان
كل ما هو غير موقت ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من الاوقات اذا وقع فيه انتفى الفرضية والايمان فرض دائم فلا يرد نقضا
وصلوة الجنازة موقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير موقت وصوم رمضان ليس كذلك واقول منشا هذا
الاستشكال الذهول عن كلام المص فانه جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها امارة واحدة واشار الى ذلك
بقوله وهذه امارة النفلية وح لا يرد عليه ذلك اما الايمان فلانه لا غير ثمه حتى يتادى بنيته اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلوة الجنازة
واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين وقوله وتاويل ما رواه يعني قوله عم العمرة فريضة انها مقدرة باعمال كالحج او لا تثبت
الفرضية مع التعارض في الآثار فان ما روي يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة واذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية
لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع فان قيل هو ثابت بقوله تع واتموا الحج والعمرة لله لعطف العمرة على الحج والحج فريضة والامر بالاتمام
والامر للوجوب اجيب بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع
ونحن نقول به وان كانت في الابتداء سنة وقوله وهي الطواف والسعي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم

باب الحج عن الغير

لما كان الاصل في التصرفات ان تقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير
خليقا بان يوخر في باب على حدة واعلم ان من صلى او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة والجماعة
وقال بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تع وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه لان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها
غيره لانه ليس بمالك لها وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير وله ولاية ان يصير ساعيا لغيره وان يجعل استحقاقه
للجنة لغيره واذا ظهر هذا فقوله الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله اشارة الى ان ثواب الحج للآمر فيجعل المامور لذلك
واما نفس الحج بل يقع عن الآمر او عن المامور فنذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله بكبشين املحين يقال كبش املح
الملح فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة اي حالة
الصحة والمرض لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله لا يحصل به اي بفعل النائب وقوله وهي المشقة بتنقيص
المال يعني ان المرء كما يلحقه المشقة عند فعله بنفسه يلحقه ايضا عند فعل غيره اذا كان بماله والشرط العجز الدائم الى وقت الموت
لان الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما
وقد احج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على اصله في وقته وذلك يبطل النيابة فان قيل القدرة على الاصل يبطل الخلف قبل
حصول المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب انا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا
بان الحج مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة والاخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزنا لكن
شرطنا لكون وظيفة العمر ان لا يكون العجز دائما الى الممات واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم للخلفية
فانه شرط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر والجواب ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكل ما كان
وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم ان كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل يجوز الانابة ظاهر وظاهر
المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب فانه عم قال للخثعمية حين قالت ان
ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة فيجزيني ان احج عنه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج يعني المامور
وللآمر ثواب النفقة وصار انفاق المامور كانفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله
وكل ما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قام الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت
بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها فالجواب انه يلحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم
وهو عبادة بدنية محضة فلان يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي اولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتأخرين
من امره رجلان صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى ان الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول قوله فهي اي الحجة
عن الحاج ويضمن النفقة ودليله ان الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل
حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج يقع عن الآمر حتى
لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المامور فكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج
عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا اخال ذلك مقصود المص لانه قال بعد هذا
ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم
زل فيه اقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المص وقالوا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا بوافق التعليل المدعى ونقل
تقرير الكلام كما نقلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول
بان يقال هي عن الحاج اي الحجة تقع عن الحاج وهو المامور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان انفق من مالهما لان الحج المودى
في هذه تقع عن الآمر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج من حجة الاسلام ولكن كل واحد من الآمرين امر بان يخلص له الحج ولم
يأمر بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الآمر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا ازيد على الحكاية
فليتامل فيه واقول هو بتوفيق الله تع في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن
ههنا ايقاعه عن الآمر لان الآمر شخصان كل منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الآخر فلا يقع
عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المامور لكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج واما تعليل قوله ويضمن
النفقة فمذكور بعيد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن ايهما شاء كما اذا اهل عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء
اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم
الاحرام ظاهر وقوله لان الملتزم هناك مجهول معناه ان جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق

قوام الدين الاتقاني

فهي بمنزلة الابراء ان الاقرار بالمجهول المعلوم جائز دون عكسه وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا
بدليل صحة تقديمه على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفي به اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشرط يراعى وجودها كيف ما كان
الا يرى ان رجلا اذا توضأ للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود الاصلي هو اداء الافعال والتعيين في ابتدائه
ممكن لانه يقع على ما عين لا على الابهام بخلاف ما اذا ادى ثم يعين فانه يقع على الابهام بخلاف ما اذا ادى ثم يعين فانه
يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيئا قال فان امر غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم
رجل امر رجلا ان يقرن عنه بعض الرواة ففعل فالدم على المامور لانه وجب شكرا لما وفقه الله تع من الجمع بين النسكين والمامور
هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور
وفيه نظر لجواز ان يكون الاخر في كون الدم واجبا على المامور كونه نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المامور
فكذا هذا لا كونه شكرا لما وفقه الله تع من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الآمر
لانه هو المنتفع بمنفعة القران لسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان
يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه وجب شكرا الخ وانما قيد بقوله واذنا له بالقران لانه اذا
لم يأذنا له بذلك لا يجوز له ان يجمع بينهما لاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه وهو
عليه ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه فان خالف الى ما هو خير وهو القران لانه
افضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائرة اجيب بانه اذا اذن له بذلك كان مما يوهم انه ضرر صرح فيكون عليهما بخلاف
ما اذا لم يأذنا فازال الوهم بقوله واذنا له بالقران وبان خيرية القران انما هي بالنسبة الى الجامع بين النسكين لا الى الآمر
ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنه ابو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك ودم الاحصار على الآمر عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح واعترض على قوله ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة
بان الآمر اذا امر بالقران فهو الذي ادخل المامور في عهدة الدم ولا يجب عليه واجيب بان دم القران نسك
وقد وقع الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن
معلوما عند الآمر ايضا وقوله لانه صلة الصلة عبارة عن اداء مال لا يكون في مقابلة عوض مالي وقوله وغيرها يعني
النذور والكفارات وقوله لانه وجب حقا للمامور يعني بادخاله الآمر في هذه العهدة دينا على الميت والدين
محله جميع المال وقوله لان المامور الصحيح هو به اي الحج الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا افسده لم يقع مامورا
به فكان واقعا عن المامور فيضمن ما انفق على حجته من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط
به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المامور والحج الذي ياتي به في السنة
القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المامور ايضا وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه دم جناية والجاني عن اختيار
وبما ذكرنا علم ان الدماء ثلثة انواع دم نسك كالقران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة وهو كدم الاحصار
قال في المبسوط كل دم يلزمه المجهز يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه
وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما ترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدماء
عليه الا دم الاحصار فانه في مال الآمر في قول ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وهو الجاني
عن اختيار قال ومن اوصى بان يحج عنه صورة هذه المسئلة رجل له اربعة آلاف درهم اوصى ان يحج عنه فمات
وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة
وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال
وهو ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها

اولا بطلت الوصية وان بقي منها شيء يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو افرز الموصي ثم هلكت بطلت
الوصية فكذلك هذا ولابي يوسف ان الوصية محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه
الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل وفي ذلك يحج من ثلث
ما بقي فكذا في هذا هذا ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض بان الحديث
الذي استدل به لابي حنيفة ظاهره متروك لانه يقتضي ان يكون غير هذه الثلثة من الاعمال منقطعا واجيب بان الاعمال كلها
على ثلثة انواع اعمال عملها فمضت واعمال لم يشرع فيها فهي بعد معدومة واعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع
اما الاول فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك ولا كذلك الثاني لانه غير موجود
وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق اجزائه والماضي بجميع اجزائه لا يتصور ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع اجزائه فتعين الذي
شرع فيه ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة عما استدلا به من الكتاب والسنة فهو انه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان
الكتاب مسوق لحكم الاخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثواب من حيث حكم الاخرة كما اذا
نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفدية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا
وان كان مثابا في الاخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا ادركه الموت في خلال الصلوة وكذا كل عمل صالح شرع فيه
ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي روياه قال في النهاية في تأخير تعليلهما عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون لكون قولهما
مختار المصنف لما ان قولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس والماخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان وقوله على ما قررناه من قبل
يريد به قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما الى اخر كلامه

باب الهدي

لما كثر دور لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل ولما لم يخل وجوه
عن احد هذه الاشياء اخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء وكلامه واضح وقوله وقد بينا المعنى فيما سبق يريد به قوله بعد ذكر رواية
ابن عباس ولان الجناية اغلظ من الحدث وقوله ولانه اعلى انواع الارتفاقات فيغلظ موجبه وقوله ويجوز الاكل
من هدي التطوع يعني للمهدي والاغنياء اذا ذبح في محله على ما نذكره واما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله
وحسا اي شرب من المرقة وقوله ويستحب ان ياكل منها لما لم يكن للجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب
ولو ذكر الاستحباب اولا لاستغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه وقوله لما بينا اشارة الى قوله انه دم
الاكل من لحم هديه واعنا انث الضمير في منها للرجوع الى هدي المتعة والقران والتطوع وقوله وكذا يستحب ان يتصدق
ظاهر وقوله عم لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا اغنياء وقوله ولا يجوز ذبح هدي التطوع
ووجه الاستدلال بقوله تع فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان الله تع عطف قضاء التفث على الاكل
من بهيمة الانعام التي نحروها وقضاء التفث يختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك واعترض بان ثم للتراخي فربما يكون
الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه واجيب بان موجب ثم في التراخي يتحقق بالتأخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم
النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك وقوله ولانه دم نسك اي كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول
منه فيختص بالحرم كالاضحية وقوله ويجوز ذبح بقية الهدايا ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله
ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم يعني بعد ما ذبحها في الحرم وقوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان
بها الى عرفات وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به
قوله والافضل في البدن النحر ظاهر وقوله فسل في تأويل الجزور يعني الجزار وكلامه في الباقي ظاهر قوله فيجب
نيفا وستين النيف بالتشديد كل ما بين عقدين وقد يخفف وعن المبرد انه من واحدة الى ثلث والنضح الرش
والبل ومنه قولهم ينضح ضرعها بكسر الضاد وقوله ومن ساق هدايا فعطب ظاهر واعترض بانه لم لا يكون كالاضحية للغني

فانه عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادته اذا اضلت الشاة المشتراة لها حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحهما
واجب بان ذلك مما اوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحد من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه
شئ بمجرد الشرى للاضحية قال في فتاوى قاضي خان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذا لو ضلت
والعيب الكثير هو ان يذهب اكثر من ثلث الاذن عند ابي حنيفة وعندهما هو ان يذهب اكثر من نصفها العطب بفتحتين
الهلاك يعني عطبت البدنة قربت الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا انما قال ولا من ساق هديا
فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي ياكله السباع وقوله على ما تقدم اشارة الى
ما ذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة **مسائل منثورة** من عادة المصنفين ان يذكروا في آخر
الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة او مسائل
متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم تدخل في الابواب وصورة المسئلة ان يشهد قوم انهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم
اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشرح وكذا اذا شهدوا عشية عرفة صورته ان الشهود شهدوا في
الطريق قبل ان يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف
في بقية الليل مع اكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا بعد الوقت فلا يسمع وقد تعذر
الوقوف صار كانهم شهدوا بعد الوقت فلا يسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز
والا فات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاقل ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى
والثالثة ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى باصل
الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا وان اعاد الجمار الثلث فحسن لان فيه مراعاة
سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق ان الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك فان اعاد على الحطيم وحده اجزاه وان اعاد
الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا ترتيبا صار به الثاني كالجزء من الاول بدليل انه اذا ترك
الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينها فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف او الابتداء بالمروة قبل
الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحدة منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل جمرة
قربة مقصودة بنفسها لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز
البعض ببعض الا يرى انه لو اعاد مرتبا كان مؤديا لا قاضيا بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من
صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله لانه دونه اي لان السعي دون الطواف يعني احط منزلة من الطواف
لان الطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفروض كطواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان دون
الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف وقوله والمروة عرفت منتهى السعي بالنص وهو قوله عم ابدؤا بما بدأ الله
بذكره اراد به قوله تع ان الصفا والمروة من شعائر الله فلا تتعلق بها البداءة **فصل** ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا
اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب عليه ان لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح وخير
في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي بعد النذر لان الحج ماشيا يكره والركوب افضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان
مخيرا وقوله وهذه اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير يقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه اخبر
بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع هو الاصل اي الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه
شيئا على وجه الكمال لا يتأدى ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال عم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات
الحرم قيل ما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبع مائة وروي عن ابن عباس انه قال ما اسف بعده ما فاتني شئ كما اسفت على
ان لم احج ماشيا فان الله تع قدم المشاة فقال ياتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم

بالصوم متتابعا لا يتأدى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في المشروعات المفروضات
او الواجبة وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة كره المشي في طريق الحج فما وجه ما ذكره في الكتاب فانه يناقض ذلك
واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وامكنه المشي الى عرفات وجب عليه
الحج ماشيا وعن الثاني ان ابا حنيفة ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه
فجادل والجدال منهي عنه وقوله وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي
الجمار وغيره من افعاله وقوله ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكره في شئ من الكتب من اي موضع يبتدئ واختلف
المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته
وعليه شمس الائمة السرخسي ومال اليه المص وقال لان الظاهر انه هو المراد يعني لانه متعارف والعرف معتبر في النذر فاذا
ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني انه جاء الى رسول الله
وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية فقال عم ان الله تع لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتذبح لركوبها
شاة وفي بعض الروايات ولترق دما وقوله قالوا يعني المشايخ كانه بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير
روى الامام فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر انه قال انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت والرجل
ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب وقوله ومن باع جارية محرمة ظاهر وقوله قد كان للبائع يعني ظاهر الرواية
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن للعبد في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار
العبد كالحر الا ان المشتري له ان يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه وقوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخ جواب
عن قياس زفر وانما لم يكن له ان يفسخ اذا كان باذنه لان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن
المالك فسخه وان بقي ملكه لتعلق حق الغير به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن باذنه
والمشتري قام مقامه بعد الشرى فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان حق الله
في الاحرام وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تع لغناه وقوله وذكر في بعض النسخ اي نسخ
الجامع الصغير او يجامعها يعني قال فللمشتري ان يحللها او يجامعها وباقي كلامه ظاهر والله اعلم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح
لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام
الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع
فظاهرة واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان
الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا
كانت باذن الشرع وان كان بدواعي الطبع بل يوجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي
ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه
تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين للانعقاد لا الاداء بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها
للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي
وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو الملفوظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه
وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب
وهو لا يكون الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه
قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي وقوله يعبر بهما اي

لان التحرز عن الزنا واجب

بلفظ وبيّن لان التعبير البيان قال الله تع ان كنتم للرؤيا تعبرون اى تبينون واما اخبر لفظ الكلام للانشاء وهو الكلام
الذى ليس لنسبته خارج تطابقه او لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما بيّنه يعنى فى
اول فصل الوكالة فى النكاح وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ
النكاح والتزويج لانه لا ينعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل
الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثانى
لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالآخر اذا لاءمت بينهما بالخياطة
والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان
التمليك سبب لملك المتعة فى محلها يعنى ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه
وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقيد بقوله فى محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم
والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على النكاح افسده
فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطى لا محالة بل من حيث ابطال ضرر
المالكية لها فى مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وح لا منافاة بين ما يثبتونه
لجارة الاستعارة وقوله وينعقد بلفظ البيع يعنى بان تقول المرأة بعتك نفسى او قال ابوها بعتك ابنتى بكذا وكذا
بلفظ الشراء بان قال الرجل للمرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد فى كتاب الحدود وقوله هو الصحيح
احترازا عن قول ابى بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه
الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة فى الصحيح احترازا عن قول الكرخى انه ينعقد بها لان المستوفى
بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعلت فى حكم العين وقد سمى الله تع العوض اجرا فى قوله تع فآتوهن اجورهن وذلك
دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا فكان بين
موجبيهما تناف فلا يجوز الاستعارة وقال المص لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا يعنى قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا توجب ملكا
اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا
الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان
ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا
او غيرهم اما اشتراط الشهادة فلقوله عم لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر الواحد فلا يجوز تخصيص قوله تع فانكحوا
ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول
فيجوز الزيادة به على كتاب الله تع وهو حجة على مالك فى اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان
والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهر العقد لم يصح لقوله عم اعلنوا النكاح ولو بالدف واجيب ان الاعلان
يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب
الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء
وكلامنا فى حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين فى القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل
لها فى هذه الحالة واجيب بان الاداء لا يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة هنا وانما المراد بها الولاية القاصرة
تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار
الاسلام قال المص لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعنى انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذى

الذى مر انه ليس المراد به الاداء حتى يكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت
تعظيما ولا تعظيم لشىء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعى وقد عرف
المص بيان ذلك فى الشهادات ونحن تابعناه فى ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعى وهو يقول الشهادة
من الكرامة لانه فى اعتبار قوله فى نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته ودليله تم بان
يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن بعضه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك
الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويقر بما يتعلق بنفسه
القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية
قاصرة فلا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله وهذا اشارة
الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية يعنى لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه كان اهل
الذمة لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة
على الاداء وفيه الزام فكان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء
الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا اى قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واحد وفى عبارته تسامح
لانه يفهم منه ان يكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر فى كتاب ادب القاضى ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية
الشهادة ولو قال بالواو كان احسن لانه تعالى لا يجوز ان يكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة
من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان يعنى كانه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هى اعم ضررا فلان لا يمنع
عن ولاية خاصة الضرر او خاصة اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف فى الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية العامة
بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكان الولاية قاصرة لكان اسهل تناولا وينعقد بحضور المحدودين فى
القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لا اداء فان قيل النكتة المذكورة فى الفاسق اولا تقتضى ان يكون
للمحدود فى القذف شهادة متعذرة ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت
ثمرة الاداء بالنهى وهو قوله تع ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا لجريمته ولا يبالى بفواته كما فى شهادة العميان معذرة عن عدم قبول شهادة
المحدود فى قذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذى ذكرته آنفا والطريق الذى
ذكرته فى الفاسق اسهل ماخذا قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع اى سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول فى
النكاح شهادة وهذا ظاهر لانا لا نريد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق وكانهما
لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار اثبات الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح
شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكل ما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها والشهادة فى النكاح
شهادة عليها وبين المص المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذى خطر وتقريره ان الشهادة فى النكاح حال الانعقاد
اما ان تكون لاثبات ملك المتعة عليها اظهارا لخطر المحل او لاثبات ملك المهر عليه والثانى منتف لان المهر مال ولا يجب
الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء انه لا شىء يشترط فى اثبات ملك المتعة عليها
الا الشهادة فان الولى ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين
عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة
فى النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة
فزوجها بحضرة الرجل الواحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا اجاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد

ويكون الوكيل شاهدًا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل فى باب
النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره فى مجلس المباشرة
قال فى النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه فى المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا فى باب النكاح فلا حاجة الى نقل
المباشرة من المامور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه فى المسئلة الاخيرة وهى ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد
فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها واذا كانت غائبة لم يجز لان الشئ انما يقدر
ان لو تصور تحقيقا وقوله اى انه لا فرق بين الصورتين فى الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان
حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا فى نكاح امره به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المتزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا
واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة
وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل
مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب بان العبد لم يكن
موكلا حتى ينتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقى الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان
العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد
فكيف ينتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا
ان الشئ انما يقدر ان لو تصور تحقيقا

فصل فى بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من اخرجها الشرع عن محلية
النكاح بالنسبة الى بعض بنى آدم احتاج الى ذكرها فى فصل على حدة واسباب حرمتهن يتنوع الى تسعة انواع القرابة
والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والمطلقات
الثلث وكل ذلك مذكور فى الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تع حرمت عليكم
امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام فى اللغة هو الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون
دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز او ثبتت حرمتهن بالاجماع وهذان المسلكان
يسلك بهما فى كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتهما وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ
والعمات والخالات متفرقة كانت او غيرها يتناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة وتحرم ام امراته ان كانت
مدخولا او لم يكن لقوله تع وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امراته التى دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص
وهو قوله تع من نسائكم اللاتى دخلتم بهن وليس كونها فى الحجر شرطا قال المص لان ذكر الحجر فى قوله تع وربائبكم اللاتى فى حجوركم
خرج مخرج العادة فان العادة ان يكون البنات فى حجر زوج امهاتها غالبا اى فى تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح
ذلك بقوله ولهذا اكتفى فى موضع الاحلال بنفى الدخول مع نفى الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس فى حجوركم
فان الاباحة تتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول
والحجر ثم ينتفى الحرمة بانتفاء احدهما لان الشئ ينتفى بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير
متعلقة بالحجر واجيب بان العادة فى مثله نفى الوصفين جميعا او نفى العلة مطلقا لا نفى احدهما والسكوت عن الآخر
لا يقال الجرى حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم يوجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر بل
لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم يوجد علة الربوا وليس بقوى وتحرم امراة ابيه واجداده لقوله تع ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم
فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء الاجداد كما تناول
الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد
فالوطء ثابت بطريق الاولى وتحرم امراة الابن نسبا ورضاعا وبنى اولاده لقوله تع وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم

اصلابكم فحليلة الابن وهى زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاخال النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن
فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكانه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه او بالاجماع
فان قيل قوله تع من اصلابكم يابى ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من
الرضاع والدليل على ذلك ان التبنى انتسخ بقوله تع ادعوهم لآبائهم وقصته ان رسول الله عم تبنى زيد بن ... ثم تزوج
زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله تع التبنى بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن
المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تع وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم
من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق بالرضاع وتحرم ان يجمع الرجل بين الاختين
بنكاح او بملك يمين وطئا لقوله تع وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وسرى حكمها الى كل امراتين لو فرضت
احديهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان فى النسب او الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز
سواء كان وطئ الامة او لم يطأها لانه صدر من اهله وهو واقع مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطؤها من باب
الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطأها بعد ذلك ان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة
حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطئ احديهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما
مقام الوطئ حتى يصير المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك واجيب
بان نفس النكاح ليس بوطئ حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطئ فلا يكون وطئ الامة
مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج
لان ذلك الوطئ قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل
حكم ذلك الوطئ لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا يرى انه تحل لزوجها ان يغشاها فيحل له ان يطأ
المنكوحة لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا اذ الموقوفة ليست موطوءة حكما
قوله فان تزوج اختين فى عقدين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما قيد بالعقدين لانه لو تزوجهما فى عقد واحد
كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدرى ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل
نكاح الثانية وقوله لان نكاح احديهما باطل بيقين يعنى من كانت اخرى فى الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية
ولا الى التنفيذ يعنى الى تصحيح فى احديهما بغير عينها لعدم الفائدة وهى حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او للضرر
يعنى فى حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان
لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق واجيب بان الفارق تمكن الزوج
من دعوى ثلث منهن باعيانها لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شئ من نكاحهما كذلك
فلا يمكن من دعوى النكاح فى احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعنى بينهما نصفان لانه وجب
للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه
للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقرير كلامه المهر للاولى اولى لما قلنا وليس احديهما بكونها اولى اولى من الاخرى
بالاولوية فينصرف اليهما وقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعى كل واحدة منهما
انها هى الاولى واما اذا قالتا لا ندرى اى النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشئ حتى تصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من
الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضى لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح
على اخذ نصف المهر فيقضى القاضى قال ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها

او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس
وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله بن عمرو وابو امامة وجابر
وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار والحكم واحد بصيغتين
مختلفتين في موضعين فان المراد بقوله لا تنكح المراة على عمتها سواء لا تجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المراة وبين عمتها
هو عين جمع المراة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب
بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان
نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة على ابنة الاخ كما لا يجوز نكاح الامة
على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي عم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول
في عبارة المص تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق
على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز
الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا والا ولئن ثبت ثبت بمعلومة ويمكن ان يجاب
عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع
فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما اية تطرق اليهما الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تع ولا تنكحوا
المشركات نسخ عموم قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم بتقديره متاخرا ولا ينكر النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور كما تناوله
مما ذكرناه ولا باس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام مهرة الحذاق المتفننين المتقنين ان كان القواعد
الاصولية على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يحل له ان يتزوج ظاهر وهو حكم ثابت
بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المراة وعمتها يحرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو
موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تع وان تجمعوا بين الاختين كما قدمه وهو اولى وقوله
ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله يحرم من الرضاع الحديث وقوله
ولا باس بان يجمع بين امراة ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يتصور ذلك
من كل جانب يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون
الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع امراة علي رضي وبنته من غيره وهذا ما يتعلق بالتحريم
بسبب الجمع ❁ ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها ❁ لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين
ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا وذكر الخلاف فقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها
نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا
ان الوطي سبب الجزئية وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو
منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطي فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب
الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا يقال ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه
ويصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكان الحرمة ثابتة في نفس المراة الموطوءة لانها
جزء الواطي اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها
لم تحل امراة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة
لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان ادم عم
وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثنا موضع الضرورة وهي امراته وقوله والوطي محرم من حيث

انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور وبيانه ان الوطي ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى يعتبر
المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة
ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا بفعاله في لا عصيان او عدوان والشي اقام مقام غيره
يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امراة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطي في اثبات
الحرمة كالوطي في اثباتها قال الفقيه ابو الليث تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المراة انها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في
اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر هذه الدواعي تكرار لان نفس الوطي الحرام اذا
لم يوجب الحرمة فلان لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مقصورة في الحرام فقط وليس كذلك
بل هي في الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلك غير انا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي يخرج في شمول العام
له في الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي
والسبب الداعي الى الشي يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع الا ترى
انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة ومنع
قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة
الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطي ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا اقام النظر الى جمال المراة مقام الوطي في
ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو
لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فالنظر بعد هذا في ان النظر الى المحل
الحلال في الملك وغيره خلاء وملاء هل يكون في كونه داعيا الى الوطي دعوة النظر ذلك اليه اولا لا ارى قائلا بذلك الا مكابرا ودعوى
المس بشهوة بان ينتشر الاله يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك وقوله هو
الصحيح احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه
اليها ويشتهي جماعها واختار المص قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان
كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي يقول لا يعتبر تحرك
القلب وانما يعتبر تحرك الاله وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة
وهو اقرب الى الفقه والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه
ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها والذي اختاره المص في الكتاب
هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المراة في غير ماتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر اذا
لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطي و
المس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قوله المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها
موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط لان ما ثبت
من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا واذا طلق امراة طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها
وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال والثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق
موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اكماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا
لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة
والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المراة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع فيه

هذه الاحكام سوى النفقة ولا فى كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان
النكاح قائما كان عمل القاطع متاخرا كما فى الطلاق الرجعى وبهذا بقى القيد فلو جاز نكاح الاخت فى العدة لزم الجمع بين الاختين
وهو حرام وقوله ولهذا الوطى مع العلم بالحرمة يجب الحد وجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة
عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه
ففيه اشارة الى ان الوطى فى العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما دل
عليه عبارة كتاب الحدود وهى ما قال ان من طلق امراته ثلثا ثم وطئها فى العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار
ان الملك فى حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطى فى غير الملك ولم يزل فى حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد ابقينا
على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا ببقائه فى التزوج بالاخت احتياطا فى التحرز
عن الجمع بين الاختين ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تع
فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة
بين المتناكحين يعنى كما انه يجب للزوج على الزوجة حق يقتضى مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطيها ودواعيه شرعا و
المنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضى مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم
والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد
منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضى القاهرية والمملوكية تقتضى المقهورية ولا خفاء فى التنافى بينهما واعترض
بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافى ح واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المراة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة
الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ونوقض بان بقول المراة بجميع اجزائها مالكة للعبد
بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح على ملك منافع
البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزاؤها فاختلفت
الجهة وانتفى التنافى والجواب انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافها بالاخصاء والجب من غير ضمان
يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث قرصته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافى والجواب عما استدل به نفاة القياس
من الاية فانها يعارضها قوله تع وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب الله تع المولى بانكاح
الاماء لا بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحتاج
اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان فى موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تع والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب قال المص اى العفائف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست
العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال ان الله تع قال اليوم احل
لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
فلا خفاء فى دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد يعنى بعد اسطر حيث قال ويجوز تزوج
الامة ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب اى اسلكوا فيهم طريقتهم يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء فى اعطاء
الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضع ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تع ولا تنكحوا المشركات حتى
يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهى من يعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تع وقالت
اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر فى التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك
يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضى عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه
مستدلا بقوله تع والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب والجواب ان الله تع عطف المشركين على اهل الكتاب فى قوله

فى قوله ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفى قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب
والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم مع الاحبار
والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف فى علم البيان فان قيل
اتخاذهم ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونهم
تعظيم الارباب فان قلت فما تقول فى تاويل ابن عمر لقوله تع والمحصنات من المؤمنات باللاتى اسلمن من اهل الكتاب
قلت لسنا ناخذ به لعرائه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة انه
تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك رضع ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبى الصابئة
من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر فى الصحاح انهم جنس من
اهل الكتاب والتفصيل المذكور فى حكمهم مبنى على هذين التفسيرين وقوله والخلاف المنقول فيه يعنى بين ابى حنيفة وصاحبيه
ان انكحتهم صحيحة عنده وعندهم خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده ووقع عند ابى حنيفة انهم من الكتاب
يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيم القبلة فى الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا لا خلاف بينهم فى الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما
ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزويج المحرم والمحرمة فى حالة الاحرام وقال الشافعى
لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف له ما روى عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب
ولنا ما روى ابن عباس انه عم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذى حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت
النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطى وان كان الحديثان متعارضين قلت
ما رواه محمول على الوطى اى لا يطأ ولا يمكن المراة ان تطأه كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك فى مقابلة النص
وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعى لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح
الاماء ضرورى عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام فى الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع
بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اى ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اى من تزوج الامة لاندفاع
الضرورة بالقدرة على تزويج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضى وهو قوله
فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذى ابداه وهو تعريض الجزء على الرق لا
فيه اى فى الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لانه لو وجد بعد وجود الماء هو موات لا يوصف
بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضا المراة وبتزوج
العجوز والعقيم فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال
الشافعى يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضا الحرة وجه قول الشافعى ان تزوج الامة ممنوع لمعنى فى المتزوج اذا كان حرا
وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد فى حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك
ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكر محمد بن الحسن فى مبسوطه بلاغا عن رسول الله
عم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الراى فى مقابلة النص غير معتبر فان قلت جوزتم
نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضى على ما تقدم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا
هناك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضى موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذى اشار اليه
المص بقوله ولان للرق اثرا فى تنصيف النعم على ما نقرر فى الطلاق فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة
الانضمام ولا علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة فى جانب الرجال

والنساء جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا وكذلك يتنصف برق المراة لان
الرق هو المنصف وهو فيهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المراة الواحدة لا تحل الا
لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة
ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة عنها
وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتامل فانه عجيب
ويجوز تزوج الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فجاز العمل باطلاق المقتضي
عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ووجه
الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امراة في عدة اختها
من طلاق بائن فانهما لا يجوزانه كابي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار
جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما
ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى باق
ما دامت في العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية
عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر و
الاماء وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء اومنهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يتزوج اكثر من ذلك قال
الله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة
عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب
تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه
عدد لكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عم قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء
ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عم نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه
يجب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من نجس مما يخرج من
بدن الآدمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سال عن النخامة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه
لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما ان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة لعنهم الله في
التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة او ازديادهم عليه فان منهم من ذهب
الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى المعنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما
توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفرا لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا
اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله عم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد
على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في حيوة النبي عم ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين
اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده كما
تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلونا يعني قوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء فان اسم النساء
ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آية مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة
الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما كان له ان يطلق بغير
اذنه ولنا ان الرق منصف على ما يجيء في الطلاق كما وعده المص فتزوج العبد ثنتين والحر اربعا اظهار لشرف

فنكح

عليه لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح الحرة صح

الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب العنة ويتنصف قسمها
قوله فان طلق الحر ظاهر فان تزوج حبلى من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت
النسب اولا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطأها
حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت النسب انما كان لحرمة
الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب
بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها
فان قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله تع ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطيها بعد ورود العقد عليها اجاب
بقوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطي العارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة
الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف وتقريره لا نسلم
ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني قوله فان تزوج حاملا من السبي صورته
ان يسبى الحربية حاملا فيريد السابي ان يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان المانع ثما واجب
الصيانة وكذلك حكم المهاجرة قوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لوجود حده وهو صيرورة
المراة متعينة لثبوت نسب الولد منها وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في
المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان
فكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكد فان قيل اذا كان
غير متاكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال الجارية
له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله
يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل
منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به واعلم انه ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين
ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفساد هناك البطلان ايضا على ما ذكره الامام فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في
باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يفضي الى المقاصد
ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين اهون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية
فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها من وطي جارية
ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور
في الجامع الصغير واما ما ذكره المص فقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب
واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها
لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطي حراما فاذا احتمل ذلك ثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب
احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير
حبل زان والحكم بجواز النكاح في شغل امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محرم واذا كان الرحم فارغا
لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب واما ما تقدم من الاستحباب فكان حقه التاخير لان نفيه مستلزم
نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما لينفصل بقوله بخلاف

الشرى فان الاستبراء فيه ومن تذكر ما سلف من المسائل تفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المص استغناء عنها بما تضمن
كلامه فيما سلف وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح
فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز وكذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها
وقيل ينبغي ان لا تحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان لان
احتمال وجود الحمل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة ههنا بعدم حرمة صاحب الماء ونكاح
المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة
لاستمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو جائز وهو الظاهر من
قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك
انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب ان منادي رسول الله عم
نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع ابن سبرة رضع قال احل رسول الله عم المتعة عام الفتح
ثلثة ايام فجئت مع عمي الى باب امراة ومع كل واحدة منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امراة كانها دمية
عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردتي وقالت هلا بردة كبردة هذا او شباب كشباب هذا ثم اثرت شبابي على بردة فبت
عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله عم ينادي الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت
الصحابة رضع على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي عم فكانت الاحاديث ناسخة والان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس
بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا اجيب بقوله وابن عباس صح رجوعه الى
قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز
المتعة الى مالك نظر فانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن
ابي طالب كرم الله وجهه ان رسول الله عم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة ولا يجوز
النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة واقول يجوز ان يكون شمس الائمة الذي منه المص قد اطلع على قول
له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح
الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المص في الفرق بينهما شيئان احدهما
وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا اتفاقا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ
التزويج او النكاح وان يكون المدة معينة وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح
والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة لا لقصد
مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى
ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت
او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح
صحيحا لانه في معنى التابيد وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك
للنكاح ومقتضاه التابيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة
كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد
شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع
للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا و
باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في

في الاجارة فصل ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة هذه المسئلة من الاصل اي المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة
البيع تاتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثلهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما
فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكلما
كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امراتين بالنكاح
على الف فاجابت احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المراة فيه
في ان كل واحد منهما ليس بمحل النكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمراة فكذلك ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا
خاطبهما بالنكاح لانه قد استويا في الايجاب حتى لو اجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة
في الايجاب فان قيل اذا لم تكن محللا للنكاح اصلا ولم يدخل تحت العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد عنده
اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد قوله ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها هذه المسئلة من الجامع
الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا
ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل
عند الله تع واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف
فيه روايتان في رواية الحقهما بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي اخرى الحقهما
بالاملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة والخطأ
في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عند القاضي لان الغرض انه
لم يطلع على شئ مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر
باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك القضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا
بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن
والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني بتقديم النكاح على
القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينهما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطاها لكانا اثمة
في طلب الوطي ثانيا وسالني بعض اذكيا المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين وسبعمائة عن هذه
المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال لا قطع المنازعة لم تنحصر في الوطي فليطلقها
فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطي لم يسبقه محلل فقلت بعض الطلاق قد يكون مشروعا وغير مشروع
لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما منا في هذه
المسئلة علي رضع فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت
المراة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضع شاهداك زوجاك فلو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه
لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وفي ذلك تحصينهما وكان كذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل
هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عم
لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واكثرهم مال شمس الائمة السرخسي واخرين منهم
قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه والباطن والمقتضى لا يراعى شرائطه التي
يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب و
القبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية
والطعام من غير تعيين شي او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطيها لان

كان في

في الاسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك
وانما هو مخاطب بتصريف المدعى عليه عن المدعي وذلك نافذ منه ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بانشائه اشياء جديدا فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي
بخلاف النكاح لان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه

باب الاولياء والاكفاء

اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كان شرطي النكاح لان حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء
والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكروا في الكتاب واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر
الرواية ومالك والشافعي فما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما
عند التوقان وهو مردود بما اذن لها الولي كما اختاره محمد فان الخلل منجبر به فكان الواجب الجواز وهم لا يقولون به وايضا المدعي ان
النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل ان لا يفوض اليهن امر النكاح
مطلقا من غير نظر الى ان ياذن الولي اولا غير دافع لانتفاء المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من
اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شانه فهو جائز بلا خلاف
فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفو في رواية قلت لا فرق
في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات
الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك
خالص حقها ولا معتبر بالعارض من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا استدلال بالراي في مقابلة الكتاب والسنة وتعليل ما
اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع
في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول
الله عم ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل فالجواب ان الاية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح
فدل على انهن يملكنه وان قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله ان ينكحن ازواجهن
يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سال الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عائشة عملت
بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عم الايم احق بنفسها
من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضا ترك
النص الاستدلال بهما للتجاذبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وقوله وانما يطالب الولي بالتزويج
جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص
حقها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن
النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم تلد من الزوج واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عن
تربيته قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت
اولادا ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس
قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء
قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله لان كم من
واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا توقف الى الاجازة قال ولا يجوز
للولي اجبار البكر البالغة على النكاح • اجبار البكر البالغة لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان الصغيرة
اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض
الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله

وقوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها
وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز
لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجهه ذلك ان الظاهر ان
البكر تستحي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها الى بيت زوجها
فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح بخلافها وقوله واذا استاذن الولي ظاهر وقوله
وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان غير ولي وهو الاجنبي او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتبا
او ولي غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود الاب لا يكون رضا حتى يتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه
فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة
في حق غير الاولياء لانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم
مقامه وقوله ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج يعني اذا استامر فلا بد ان يسمي الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني ازوجك
فسكتت لا يكون السكوت رضا ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتاخرين
لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره ان للنكاح
صحة بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول اذا
استامرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة
والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع
قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان
لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة
في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان
فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق العباد فهي على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة والاملاك
المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما اشبه
ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيه واخواتها كعزل الوكيل وحجر الماذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها
فالاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز
دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو اخبر الغير بنفسه
لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة
وعندهما هو نظير القسم الثاني اشتراط ان يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن
الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهو يقتضي
الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب
الراي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يكن عيبا لم
يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء لان عائشة
لما اخبرت ان البكر تستحي قال عم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا
زالت البكارة بوثبة وهي من الوثب من فوق او حيضة او جراحة او تعنيس عنست الجارية يعني عنست عنوسا اذا
جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج فهي في حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر اسم من يكون مصيبها اول

معيب وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار ومن البكرة وهو اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد
من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زايل البكارة بالوثبة لانها لم تكن حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار
فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا لانه تستحي لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب
من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانها رجع اليها في العاقبة ومن المثابة وهو
الموضع الذي يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها
ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة
واذا وجدت العلة يترتب عليه الحكم وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها وفي بعض النسخ
فيعيرونها بالنطق فتستحي فتمتنع عن النطق فكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر
هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عم الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها
لا تعليل في مقابلته فان قيل لا نسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة
وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحياء اشد لان في
الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التافيف فيلحق به وقوله بخلاف ما اذا وطئت
بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحياء
لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر
حالها باقامة الحد عليها او بصيرورته عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين
ايضا لانها داخلة تحت اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله عم البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشايخ
وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر
نقاصة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناء على ان السكوت عدم الكلام ولا شك في تقدمه على عروض
الكلام فصار كالمشروطة الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت
بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت وقوله ونحن نقول ظاهر وحاصله
انه يعتبر الانكار الصوري وقوله بخلاف جواب عن قياس زفر ووجهه انا نجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم
قد ظهر بمضي المدة فلهذا القول للساكت وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت
على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد
محيطا به كما اذا ادعت المراة على زوجها انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت
بينة انه لم يقل تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لانه لو قال لسمعه الشهود وان اقاما البينة قال الامام
التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقامها على انها اجازت او رضيت
حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة
الاستحلاف في الاشياء الستة وسياتيك في الدعوى ان شاء الله ❀ ويجوز نكاح الصغير والصغيرة. يجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال
مالك وليهما ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت
الصغيرة بكرا وان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج الثيب الصغيرة الاب او الجد كرها
لا ينفذ النكاح وجه قول مالك ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة في الصغير والصغيرة

والصغيرة فلا ولاية عليهما غير ان ولاية الاب تثبت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر رض زوج عائشة رضعا من النبي
عليه وهي بنت ست سنين وصحح النبي عم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان
الولد جزء للاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه
قلنا لا نسلم ان الولاية على الحر على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والازدواج
وقضاء الشهوة ولا تتوفر الا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل وقت فاثبتنا الولاية في حال الصغر احرازا للكفو لكل
من يتاتى منه الاحراز ابا كان او غيره ووجه قول الشافعي ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب
والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي ولقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية
للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية
اليه كما في الاب والجد فان النظر مهما لم ينشأ الا من القرابة غاية ما في الباب انه يتفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها
لكن ما في البعيدة من القصور يمكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر
على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا فيه تداركا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان
الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم
وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية الالزام ولا الزام مع القصور بخلاف
المتناكحين فانهما باقيان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي في المسئلة
الثانية ان الثيابة لحدوث الراي وتقريره ان الراي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فتقام
مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت
للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب
تحقق الحكم ولا نسلم حصول الراي للصغيرة بسبب الممارسة لان الراي والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة
بشهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثيابة سببا لحدوث الراي لا تصلح مدارا وكما تثبت الصغر تثبت الولاية ثم
الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله عم
النكاح الى العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد بجامع
داعية القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب
الاولياء بعد الجد قوله فيتطرق الخلل الى المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من
سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد اهم من
الكفاءة ولا يوقف عليها الا بالجد البليغ ونظر صائب فلنقصان قرابة وقصور شفقة بالاجنبي النظر فيتوهم الخلل فيها
فيتدارك بخيار الادراك قوله واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار
عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله هو الصحيح احتراز
عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس
فكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لقصور الراي في احدهما يعني الام ونقصان
الشفقة في الآخر يعني القاضي الا ترى ان ولاية القاضي متاخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار في
تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى وقوله ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر
خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا اي ولتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة
كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا

والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضا للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان
يملك عليها بتطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها
ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقا اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال
فكان لها ان تدفع اصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق
الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع
متبوعا وانما هو من باب الزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة علما لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر
المرضي غير جائز بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررا بمرضي فكان
ضائرا واذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يرفع الضائر دون غيره وقوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان
مذهب ابي يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا امور تقع بها
الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضا دون خيار العتق والثاني
ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت
وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار او لم يكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم يكن
فلانها لم تعذر بالجهل لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم يكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها
لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة
بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام
الشرع فكانت معذورة وقوله ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ
اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجي منه ما يعلم انه رضا وان كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ
فكذلك وان كانت بكرا بطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتدا النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت
للنكاح فسكتت عند ابتدا العقد كان سكوتها رضا فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل
خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتدا عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لا بد من الرضا صريحا او دلالة فكذلك
عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك قوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه
الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني
مجلس بلوغها بان رات الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت لم يبطل بمجرد السكوت
في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما ورا المجلس وقوله لانه ما ثبت
دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغهما لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات
الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجي وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره
خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشي لا يثبت مع منافيه
غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما ورا المجلس نظرا الى هذا الادراج
في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار
البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار وكل خيار
ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس
اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني الرضا يسقط خيار البلوغ وخيار العتاق واما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض
والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لان يصح

يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انه لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا
لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا الخيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى وقوله
بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة   ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون • الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية
له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هولا اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل
الكفو واما الى العبد فلذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعني الولاية الشرعية ولا يعتبر بالحيتة منها وقوله
ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سوا
كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المراة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبة من العصبات ثم عند ابي حنيفة
بعد العصبات الام ثم ذو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت
بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات
واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر
في عهدة منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقوله ابي يوسف مضطرب ذكره مع ابي حنيفة
في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولا وقوله لما روينا يريد به قوله عم الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام
في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفو
والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات
اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الراي والقول بتوريث
ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تع واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث
مبنيا على الولاية وقوله واذا عدم الاوليا يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له
واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهدة منشوره كذا في فتاوى قاضي خان وقوله واذا غاب الولي
الاقرب يعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج
السلطان لزفر ان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والحق القائم للشخص لا يبطل
بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو فيه جاز بالاتفاق واذا كان ولاية الاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه
ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه اي النظر الى الابعد وهو
مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم ينتقل الى السلطان بموت الاقرب
فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر وبهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه
وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد
اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله هو اختيار بعض المتاخرين
منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي
عصمة سعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضي خان
في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر شفقة من الابن بدليل
ان ولاية الاب يعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن المقدم في العصوبة الا ترى ان الاب معه
يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب محمد رح   لما كانت الكفاءة معتبرة على
ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز او تمكن الاوليا من الفسخ احتاج الى ان يذكرها في فصل على حدة الكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه

الكفؤ وهو النظير من كافاه اذا ساواه وهي معتبرة في النكاح قال النبي عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء
رواه جابر ولان انتظام المصالح بين المتكافئين ولان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلابد من اعتبارها من جانبه
بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر
العار عن انفسهم يعني مالم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز فالقول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له
قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع
اما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا يعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال عم الناس
سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله تع ان اكرمكم عند الله اتقيكم ولنا
قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل
والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل
فيما بين قريش لما رويناه يعني من قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم
الا يرى ان النبي عم زوج ابنته عثمان وكان من بني عبد شمس وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب
لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان حين افتخر الصحابة
بالانساب وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا اب لي سواه وقوله وعن محمد الا ان يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش
الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فح يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء
قرشيا ليس منهم ولا دونهم كان للاولياء حق الرد قال المص كانه يعني محمدا قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل
الكفاءة قوله وبنو باهلة قبيلة من قيس غيلان وهو في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن اعصر
بن سعد بن قيس غيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي والاعرابي واحد
الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام
مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة فياخذون الدسومات منها قال قائلهم ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت
النفس من باهلة وقوله واما الموالي ظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود
اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لابد من ذكر الجد وقوله
ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب
يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفؤا للنسب الاخر اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام
فمن كان له اب في الاسلام تفتخر على من لا اب له فيه ولا يعده كفؤا له والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع
ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفؤا لها والمعتق ابوه لا يكون كفؤا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر
وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة نبه روى عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل
ما يقابل نسب الاخر كان كفؤا له   وتعتبر ايضا في الدين اي في الديانة   ويعتبر ايضا الكفاءة في الدين اي في الديانة
وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام والكلام
لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين
بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمراة
تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة اولى بالاعتبار وقوله وابو يوسف
معه هو الصحيح اي قران قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى يكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك
عن رواية اخرى وعن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفؤا قالوا

قالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا تعتبر في الديانة
لانها من امور الاخرة فلا يبنى عليها احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او يخرج الى
الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه لا يكون كفؤا لامراة صالحة من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به
اي بذلك الصفع وتعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من
لا يملكهما او يملك احدهما لا يكون كفؤا اما المهر فلانه بدل البضع فلابد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه
بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة وقوله وعن ابي يوسف
هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال هو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان
يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفؤ قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفؤا قال صدر الشهيد في تعليله لان المهر
يجري فيه التسهيل والتاجيل ويعد قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الاب
في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدارة وقوله فاما الكفاءة في الغنا فمعتبرة ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة
في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفؤا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا
الحائك والحجام وعن ابي يوسف لانه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين ما ذكره في الكتاب
وهو واضح   واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها   اذا تزوجت المراة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض
عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال المص وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه
المسئلة على هذا الوجه انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه
فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وقوله هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي
وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذلك
لو اكره السلطان امراة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المراة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد
الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله
فاشبه الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق دون ترك الكفاءة
وكذلك النبي عم لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بادنى الصداق فانه ما زاد على اربع اواق ونش اي نصف اوقية
ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب
ان وجه التشبيه ما ذكرناه من تعيير الاولياء وهو وصف مؤثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه
من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كالابراء بعد التسمية وذلك
لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات وقوله واذا زوج الاب
ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بيانه ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز الحط
والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل
التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها على خمر او خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال
آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمص لان الولاية مقيدة بشرط
النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش
او اشترى باكثر منها بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر تقريره النظر والضرر
في هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهو موجود ههنا فيترتب الحكم وهو جواز
النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال بل فيه

مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرائس فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة على
ذلك ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة
في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في
غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في التزوج بغبن ظاهر
وكلامه ظاهر
لما كانت الوكالة نوعا من الولاية ومن حيث ان تصرف الوكيل ينفذ
على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح
الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى وهو ان
الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلثة
وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا مانع في التعبير
بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع
اليه لانه سفير غير مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين
اي شطري الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارة الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج
الى القبول وقوله وتزوج العبد والامة ظاهر وقوله ولم يجز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا
او اصيلا وقوله العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هي الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لا تعدي
على اثبات الحكم والا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان
كلامه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى
محله وهو الانثى من بنات آدم غير محرم وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد
موقوفا فان راى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه
وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تاخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد
كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر
والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف
وجود المجيز وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير
مجيز فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلث منها تتوقف على الاجازة
بلا خلاف احديها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر او قال الرجل تزوجت
فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المراة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن
فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلثة بالاتفاق لانه عقد بين اثنين فيكون تاما
موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احديها ما ذكر اولا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت
فلانة والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف
على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مامورا
من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار
الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج
اذا قال خالعت امراتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق
والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة

حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند
الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف
المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب
والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا
كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما واما في جانبها فلان الخلع من جانبها معاوضة
على ما سيجيء وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامراة معينة او غيرها
والثاني مسئلة الكتاب وهو قوله ما ذكره واضح وكان ابو يوسف يقول ولا يصح نكاح احديهما بغير عينها
والبيان الى الزوج لان المامور ممتثل امره في احديهما ولا يبعد ان يكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق
احدى امراتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط
دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول
وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى
على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير فقيده وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف
اذا لم يكن اميرا وزوجه الوكيل امة او حرة عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة اما اتفاقا واما لما قيل
فيتأيد بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه
امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فان لفظ
امراة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء
قال الكشاني دلت المسئلة على ان الكفاءة يعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في الاصل قلنا العرف
مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل
او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي
نحو الدابة تتقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث
ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ لتعرف لفظي والتقييد
يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وقوله وذكر يعني محمدا في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكر
من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح
لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال يجب في
عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسامي المهر والصداق والنحلة
والاجر والفريضة والعقر بلا خلاف لا حد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فانكحوا والنكاح لغة لا ينبئ
الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب
شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح
وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد له من دليل قلت دل
عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن حكم بصحة الطلاق
مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا
تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله وفيه اي فيما اذا تزوجها
بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوز وقال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفيه

عوضه كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهرا اذ القياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق
بينهما لحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجيء قلنا دلالة حديث ابن مسعود على جواز ان ينفي المهر كدلالة جواز ترك ذكره لان ما يكون
عوضا بشرط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في
البيع لانه حقها شرعه الله تع لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم لا مهر اقل من عشرة انما ذكره
بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر ان النبي عم قال لا يزوج النسا الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء
ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر ان النبي عم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول
انه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تع ان تبتغوا باموالكم لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله عم بما روى ان عبد الرحمن
بن عوف جاء الى النبي عم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال عم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال عم اولم
ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امراة قامت وقالت
وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عم لا حاجة لنا اليوم بالنسا فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عم
هل عندك شي تصدقها فقال ما عندي الا ازاري فقال عم لا فالتمس شيا ولو خاتما من حديد فالتمس ولم يجد شيا فقال عم
هل معك شي من القران قال نعم سورة كذا وكذا فقال عم زوجتكها بما معك من القران والثالث ان هذا الحديث
متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق ان لم يكن صحيحا وجب
ترك العمل به واما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تع قد علمنا ما فرضنا
عليهم في ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تع ان تبتغوا باموالكم مالا مقدرا وبين الحديث مقداره
وهذا لان كل ما اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرهما فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاديث تدل
على ما يعجل بالسوق اليها اما في حديث عبد الرحمن فلانه مصرح به واما في الحديث الآخر فلانه امر ذلك الرجل بالالتماس وذلك
غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عائشة عملت بخلافه
ولو لم تعرف نسخها فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ
تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تع قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم
على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم
فلان يتلف منافع بضع كان اولى ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه
كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار
ان العشرة في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح الى نصفها صح في جميعها واما حقها وهو ما
زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة سقطت
حقها وحق الشرع على ما قررنا فما كان حقها فقط سقط لولايتها على نفسها وما كان الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله
ولا معتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما
ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف
الرضا دون العشرة فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجبت المتعة عنده كما اذا لم يسم
شيا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه
من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع به اي بتسليم المبدل يتاكد تسليم البدل وهو المهر
كما في تسليم المبيع في باب البيع يتاكد به وجوب تسليم الثمن قبل ذلك لم يكن متاكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع
وينفسخ العقد وبتسليمه يتاكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن الزوج

الزوج والارتداد والعياذ بالله وبالدخول تاكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع والشي بانتهائه
يتقرر ويتاكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقريرها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا
مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل التزوج بعد انقضائها ولم يحل
وقت النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى
لقوله تع وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله
والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود اليه سالما اليها فيجب ان يسقط
الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه ان الاقيسة
متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل
المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من اوجه الاول ان القياس
الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما
لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب
عن الاول بان ذكر معارضة القياسين بها ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة
كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس
وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا
وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الآخرين فانه لما لم يكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض
والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرطان يكون قبل
الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم   وان تزوجها ولم يسم لها مهرا للمفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها مهر المثل ان
دخل بها الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شي في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول لان
المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء
فتملك الابراء دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى
ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال ان الله تع قال لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن
او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس والفرض
الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا وذكر كلمة على فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا
الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تع سماها احسانا بقوله تع حقا على المحسنين
واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهرا ونصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد
لقوله متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف يصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله وعلى المحسنين كلها تقتضي الوجوب وتاكده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ
الاحسان وتاويله لا اراك تعدل عن التاويل فتاول بان معناه على المحسنين الذين يتبعون الواجب ويزيدون عليه
احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة وان كانت من السفلة فمن الكرباس
وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد مروي عن عائشة وابن عباس
وذلك لان المراة تصلي في ثلثة اثواب تخرج فيها عادة فيكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في
النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت
قبل الدخول ولكن مراده الالحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها وكذا قيام فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه

يعتبر حاله وهو اختيار ابي بكر الرازي عملاً بالنص وهو قوله تع على الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر اي الفقير المقل بقدر حاله
ثم المتعة اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي و
لكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت
مساوية فلها المتعة اتباعاً للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل
والمتعة خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم تكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة
مطلق عن هذه التفاصيل فتقييدها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تع قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على
المهر مقدر شرعاً والايجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك المقدار المجمل وكذلك قوله عم ولا مهر اقل من عشرة
دراهم فكان معارضاً لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتامل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك
وان تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض والمفروض تنتصف بالطلاق
قبل الدخول لقوله تع فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل
بها مهر المثل والمفروض جميعاً اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان
كما اذا سمى لها مهراً ثم زاد لها شيئاً فانهما يلزمانه على تقديري الدخول والموت لكن يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان
تعييناً له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلى يعني قوله تع فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو
المتعارف وقوله واذا زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافاً لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق باصل
العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المص ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان
التنصيف عنده مختص بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض
فيه عملاً باطلاق قوله فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة واذا خلا الزوج بامرأته
هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافاً للشافعي فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه
وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه لان التأكد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد
ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدوراً والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد
منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر
ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فصحيح لكن ذلك تسلم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا يكون مكلفة بذلك وقوله وان
كان احدهما مريضاً بيان لما لا يكون مانعاً عن الخلوة حسياً كان او شرعياً وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها
متنوع بلا خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضاً متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال
وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المص مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله
وان كان احدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لانه يباح له الافطار اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء
على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة
المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم
قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاماً وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى
في حق كمال المهر دفعاً للضرر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار
من غير عذر وحاصله ان الماخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو
الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه ممنوع عن الوطي شرعاً لما فيه من ابطال العمل

العمل المؤثم وقوله واذا خلا المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها
كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب و[illegible]
مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب الى الوطي اذ لا
السلامة في الوصف ايضاً فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة
وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذاك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت
الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين
لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم
الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأني
وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط
في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح ويستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة
ويستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهراً وقال الشافعي
تجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا يكون
المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة
واجبة ويقتضي ان لا يكون المتعة المستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها كذا في
المبسوط والمحيط والمختصر وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي
لانه استثناها من الوجوب وذكر في المختصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضاً واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى
كلامه ويستحب المتعة لكل مطلقة غير الذي ذكرنا من قبل الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الخ وهو اختيار القدوري
فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التي
طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً فقد وقع اختياره موافقاً لرواية التحفة ومخالفاً للكتب المذكورة واما الشافعي ففي
المستثناة قولان في قوله القديم يجب وهو الذي ذكره صاحب المختصر وفي الجديد لا يجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو
اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون موطوءة
او لا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي
لا تستحب وان كانت موطوءة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن يستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة
والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره
المتعة وجبت صلة من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب لكل من اوحشت به فالمتعة
تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة
لان الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود ما لها اليها سالماً وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع
اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة ويجب لغيرها وانما قال وجبت
صلة احترازاً عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين احديهما ان المطلقة
قبل الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده
تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية
ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف
على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق

قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول
فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل لا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء
كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولكن شيئا منه متصلا به ككل المفروض
عند الطلاق بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كالمفروض كما اذا
كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول بعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون
منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف
لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب
المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه
وجوبا والمراد بقوله ولكن شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات بعضهم من
بعض اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول
من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ويكون قوله ولكن شيئا منه ملحقا
بالقياس المتقدم لانه من نتيجة لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى
ان كلا منهما يقع اثمانا لما هو المهر عند الله وبيانا له كما عرف في الاصول وبعضه هذا قوله في آخر كلامه فلا يجب مع وجوب
شيء من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان والله اعلم وقوله وهو غير جان
جواب عن قوله اوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكن لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعله
باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان المتعة بتاويل المتاع من باب الفضل اي الاستحباب   واذا زوج الرجل
ابنته اذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته للآخر بشرط ان يزوجه الآخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل
وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع
عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحا كانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر
وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما بنصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم
المهر فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد
فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم وبيانه ان البضع لما
لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان تكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة واذا تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد
لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم
القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة
تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استاجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا
تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم الآية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد
البقاء زمانين فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء بها مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في
الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد
النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما [illegible] النكاح
وفي جعل خدمته مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر

آخر برضاه فانه يصلح ان تكون مهرا لانه يسلم رقبته كالمستاجر ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف
خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا الا على الجواب عنه بقوله
وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن ان يقال ذكر المص على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني
قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام
بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المص تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله على قول محمد يجب قيمة الخدمة
لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه
داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس هو داخلا بالنسبة الى الخدمة فقال في الاخير ثم على قول محمد يجب قيمة
الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي
حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا تستحق فيه اي لا تستحق الخدمة في النكاح بحال ولو
كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر مالا وذكر
بعض الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلمة لو بكذا ولا تستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين احدهما ان يكون كل واحد
من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله او لا تستحق فيه بحال دليل على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله
ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد
النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة على ان الخدمة ليست بمال الا بما تقدمه من وجود المقتضي
وانتفاء المانع وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه قوله لانه وجد المقتضي وانتفى
المانع وهو كون المهر غير مال قلنا المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعه
بكلمة اذ ولقائل ان يقول قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث
ويمكن ان يجاب عنه بانه اعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة اي
لان تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا
العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان اولى قال   فان تزوجها
على الف هذه المسألة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين
به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل واحد منهما
على وجهين اما ان تهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها
ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف
ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه بنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم و
الدنانير لا تتعين في العقود والفسوخ فكانت هبته هذه الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له
الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها رجع
عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم له
المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق
هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول
المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك علي الف درهم عن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية

جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره
او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل
فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي
بعض الذي لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتدا على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود الزوج وهو سلامة
نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق كمن له على آخر دين موجل فاستعجل قبل حلول الاجل
وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها وقوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك
ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك
واستوضح المص بقوله الا يرى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان والالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل العقد
حتى لا تتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف
ووهبت المراة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع عليها بثلث مائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربعمائة درهم
لان عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب
رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابرا فلا يبرا عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق
سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها
ان تدفع شيا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف
المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل
اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها
على حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما مطلقة او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه يجب الوسط
مما سمي ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت
او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان
من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف
السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا
لان الجهالة اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره
الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين
ليتحقق الايفا عند الحاجة اليه فاذا عين في القبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين
بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء
ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير وان تزوجها على
الف على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فانه اذا تزوج امراة على الف على ان لا يخرجها
من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة
فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يف به فلها مهر
مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل
فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمى مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة
وما تتعب به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان قام بها وعلى

وعلى الفين ان اخرجها صورة المسئلة ظاهرة ووجه قوله فزفر انه ذكر بمقابلة شيئين واحد وهو البضع ولهما ان ذكر كل واحد
من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة
لشاشت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة
حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية
الثانية لانه لا يدري ان الزوج يخرجها او لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المراة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها
وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمص لم يذكر وجوه الاقوال واحاله على باب الاجارة على احد الشرطين ولم
يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجي ان شاء الله ولو تزوجها على هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي
عند ابي حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار
الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا
الاوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة
والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا ان
مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلث ووجهه انه كذلك الا
ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاهما
وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب
فيه الارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما
يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان
غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المص في هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف
بان لم يقل جيدا او وسطا او رديا الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون
مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا يجوز
التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ولم يصح به التسمية والحق ان يقال
اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقها وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا انه معاوضة
مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتدا
يعني بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقرار حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في مقابلته عوض
مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها
مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقرار فان من اقر لانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى
مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمراة كما وجب في الزكوة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند
اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف
معاني الاجناس فانه اذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه وقوله وبخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح
مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال بمال فيسد معنى التزام المال ابتداء
فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم يتفاحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير
ومعناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق
الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المراة على القبول باتيهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب
غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذا الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا

اذا بلغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة
ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن ابي يوسف انه
ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل
انها مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا ويسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او
من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف
منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه وقوله وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد
والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير
تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما وقلنا انما لم يصح التسمية في نفسها
لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل   فان تزوج امراة على هذا الدن
من الخل • صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية
دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول
كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد والمص قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة وقال
لكونها يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة
الى الشيء وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له واخر دليل محمد وكانه
اشار الى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احديهما ان المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات
موجود في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده امرا
واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والانثى في غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما
اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه
والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى
والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هناك لا تدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الذات
في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هو المشار اليه لولا الصفة ولم يعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر
هو المسمى لان التسمية تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا
يكون تابعا له لان المقتضي لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث
انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وازيدك
بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفع
عاد حرا لعدم الواسطة وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه
لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفعت لا يلزم ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها
جارية لا يلزم ان تكون عبدا لجواز ان يكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي
اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا
فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذاك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه ابي يوسف ظاهر وكذا وجه محمد لان في
الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ان كان

مهر المثل اكثر من قيمة العبد والمص ذكر في دليل ابي حنيفة قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثاني وقوله
ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال
وان اخرجها فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امراة على الف درهم وعلى ان يعتق اباها ثم ان لم يف
بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط استحق
بعقد النكاح فواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط ممكن لانه شرط على
خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لتضررت ضررا لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص
فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها   واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد • النكاح الفاسد مثل النكاح
بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله
هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان
زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى
من منافع البضع بهذا العقد ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية
غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية
وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على
المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك
اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم
وان كانت صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم
لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبر فسادها اذا زادت وفي صحتها اذا نقصت
لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا
ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن
قياس زفر وهو واضح وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول
فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة
اي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله تحرزا عن اشتباه النسب تنبيها للاحتياط بطريق
العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات وقال زفر يعتبر من آخر الوطئات حتى اذا وطئها في النكاح الفاسد
ثم رات ثلث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول زفر وقوله
لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله
التفريق في موضعين يشير الى انه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ
هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما
حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك
بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم
وقوله يثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف
من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يوخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس
بداع اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطئ باعتبار ان النكاح داع الى الوطئ والنكاح الفاسد ليس بداع اليه
فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف   ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها •

اعلم ان مهر مثل المراة يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر
بامها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النسا فيعتبر بالقرابا من جهة النسا ولنا قول ابن مسعود لها مهر
مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة
الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا يرى ان الام قد تكون امة
والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالاتها تكون من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر
في قيمة جنسه وقوله في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف
بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن
لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان
يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت ينبو عنه قوله ثم المراة بالخيار
وان كانا في الصحة سواء وذكر في باب الولية من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب
المهر من اب الزوج فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس
للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري
وكذلك الوصي ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما
يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز
هناك فكذلك في الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج امراة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا
او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها
حتى ياخذ المهر ولها ان تمنعه عن اخراجها الى السفر لتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع
وصار كالبيع في ان للبائع ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من
السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل
الايفاء وان دخل بها فنذكره وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها
اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان او دينا
يحبس قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وقوله فارق
البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا يرى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين
اولا فلم يكن المشتري راضيا بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتاجيل باطلاقه يشير الى
انه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد
ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد فلان لا يكون
لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة يعني للمراة ان تمنع
نفسها ان تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط
حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها
بالاتفاق ويبتني على هذا استحقاق النفقة تستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة
لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر وتسليمه ينفي حق الحبس
كالبائع اذا سلم المبيع وقوله ولانها منعت منه جاز ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله
قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان

لكان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز ان يكون معارضة وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف
في البضع المحترم والتصرف لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح وقوله والتاكد بالواحدة
الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان
تحبس قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سكتوا المهر ساكتين عن التعجيل والتاجيل
ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشار الى ذلك في دليل ابي يوسف آنفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا وفاها
مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه
ابي الليث لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي
الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو
قوله تعالى ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة سئل عن ابي القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة
الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوئة
تزوج امراة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون في حياتهما او تخلف الورثة بعدهما
او يكون بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فاما ان يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون
الاختلاف في اصل التسمية او في مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد
الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المراة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في الزيادة
في قول ابي حنيفة ومحمد وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير
قول ابي يوسف ان المراد به ما يكون ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان
مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا تتزوج مثل تلك المراة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا
اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول المشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وفي
لا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند ابي
يوسف القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة موجب بعد الطلاق الى موجب العقد اذا كان الطلاق
قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فتحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله ووجه التوفيق اي بين
رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني مع اليمين لان
الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفي درهم كما لو اقر لان
النكول اقرار وان كان العكس فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى
بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية
الالف والالف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء
اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمراة تقبل
وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي
الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمراة بينته لانها تثبت الحط والاصح في هذا هو ان البينة تثبت
ما ليس بثابت ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر
والمراة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في البداءة لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف
وخمسمائة ولو اقر بذلك صريحا وان نكلت المراة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب الف
وخمسمائة الف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيهما الزوج وانما

اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض
ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المراة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج
لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان
في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد وسواء ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على
اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا تحالفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب
مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان
الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب
اما عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل
كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي وورثته فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما في الا[صل]
والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما
الا يرى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار
فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه
كالجواب في حال الحيوة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه ترك استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل
المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما بينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة
التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن لها
مهر فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في
الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته
اما ثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تاكدت بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا فيسقط نصيبه
من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس
قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمن يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة
في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال ارايت لو ادعى ورثته على ورثة علي رضي الله عنه بمهر ام كلثوم كنت اقضي فيه
بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف
على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المراة يقضى بمهر مثلها وللشارح طريق آخر
وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار
الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت
ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمراة ان ترده وترجع بما بقي
من المهر وان كان هالكا يرجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله وقيل
ما يجب عليها انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله
وغيره قيل كمتاع البيت

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من
هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفرة واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي
والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي والاولى ان يكون اطلقه ليتناول المستامن ايضا وذلك في
دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب
المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان

وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل
كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام
الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم
التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربوا فانهم ينهون عن ذلك ويقام
عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلوة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وليست بموجودة
لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع وقوله بخلاف
الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربوا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركون عليه والربوا
مستثنى عن عقودهم بقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد [illegible] استثناء كالسماع النسخ وكو[نه]
وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية
يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج
الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص
على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند
احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا لم يتدين تقومها
لم يدخل تحت قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر
المثل وقوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد لها القيمة في الوجهين ووجه قولهما انهما جميعا
قولهما وان كانا يختلفان فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما بمهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما
يتفقان في ان لا يوجب عين الخمر والخنزير ان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا يتنصف الصداق بالطلاق قبل الدخول
اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا والقضاء واذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض
ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة في المهر قبل
القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التملك
بالعقد بعد الاسلام الحاقا بشبهة العقد بحقيقته في الحرمات وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما كالعقد واذا التحق
القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه قول
محمد ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه ولو هلك
هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها
وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك
لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري
متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع الخمر او الخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز
القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله واذا تعذر
القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الخ يعني قول ابي حنيفة في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر
لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب

المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة ايضا على كل حال فالمقام مختلف فيه والله اعلم

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيره شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهرة لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو طاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا فظهر مزوجا جاز له ان يرده وليس لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة للعيب ولا يلزم من جواز ازالة للعيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيهما فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه اصول الفقه وقوله وكذلك المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة استدل المص بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النسا وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة الا يرى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك كما مر في الاقيات على راي المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النسا لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النسا لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضا كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له وقوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويبتنى على اصل المذكور وحكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة في الماضي وكان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امراة جاز والمراة اسوة للغرما اذا كان النكاح بمهر المثل لا ذكر بقوله وجب وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى

المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرما بالابطال مقصودا منتف واذا تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما تتحقق بذلك اما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق الغرما لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها اسوة للغرما واما اذا كان اكثر منه فلا يساويهم بل يؤخر الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض

ومن زوج امته ❁ بوئت للرجل منزلا وبواته منزلا اي هياته ومكنت له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها اي يهيئها للزوج بيت اليها لكن تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطيتها وانما قال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله ان يبوئها وان يستخدمها بعد البتوة لكنه يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما لزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوئها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله ذكر تزويج المطلق يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا حد ربما يقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا فقد حد في الزنا فله ان يرده فيملكه الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا ملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المراة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لو كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فقتلها قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى قالا المقتول ميت باجله عندنا اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليم المبدل وفي قوله تجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارضعت من امرة زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافي الصغر المجازاة واجيب بان ترك مجازاة الصغيرة انما يكون على فعال غير محظورة في حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله والقتل في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما ان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى امته

لما بينا من الجامع انه منع المبدل قبل التسليم قوله ولنا ان جناية المرأة طاهر قوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها
خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين   واذا تزوج امة فالاذن في العزل للمولى • في هذه المسئلة دلالة
على جواز العزل وسئل ابن مسعود فقال لا باس ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها في صخرة يخلق فيها وروى
ابو سعيد الخدري عن النبي عم مثله وهو ثلثة اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيه الى احد وعزل عن المراة والحرة والاذن في
العزل اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكر في الكتاب وهو واضح وان تزوجت
باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شائت اقامت معه وان شائت فارقته سوا كان زوجها حرا
او عبدا وقال الشافعي ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روى ان عائشة
لما ارادت ان يعتق مملوكين لها مناكحين سالت النبي عم عن ذلك فامرها بالبدأة بالغلام فقال انما امرها بذلك كيلا يثبت
لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عائشة اعتقت بريرة فقال لها
رسول الله عم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد واما
قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى فسجد فالشافعي محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن
بن القاسم عن ابيه عن عائشة ان بريرة خيرها رسول الله عم وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة
عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي عم وامرها ان تعتد فاني يكون الشافعي به محجوجا
قلت روى البخاري ومسلم وابو داود ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجه واحمد ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا
تعارضت الروايتان تركنا هما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التوضيح
بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثمه قوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عنده
معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما
سيجيء فيلزم عليها الزيادة اذا اعتقت وان كان حرا ولا نسلم ان امره عم بالبدأة بالغلام لذلك وانما كان لاظهار فضيلة
الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما معا لثبت الخيار ايضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة لان الكفاءة شرط
في الابتداء دون البقاء الا يرى ان الزوج ان اعسر حتى خرج عن كفائتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها
ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج
حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها
وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذنه ثم
اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونهما
من اهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بالعتق والحكم في العبد كذلك واما خص الامة بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها
لانها لا تتاتى في حق العبد ويجوز ان يكون تخصيصه بالامة ليتفرع مسئلة الخيار عليها لانه يختص بالاماء دون العبيد قوله
فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر واما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وان زاد
على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمراة لان مهر المثل قيمة
البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمة له لا الزائد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله
والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان
اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان
المانع من الجواز هو الملك وملك الملك قد زال بالعتق مقتصرا الا يرى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها فسخ
ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول
الذي كان قبل العتق واجيب بان ما ذكره قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل
ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت
العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر
آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل والاولى ان
يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح
عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف
اذ واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول ما كان لان الاستناد تظهر في القائم لا في
المتلاشي والمستوفي بالوطي متلاش فان قيل القول بالاستناد منتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله ان لم يدخل بها حتى اعتقها
فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها
اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان
العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الا
ستحقاق الى زمان العقد بطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت   ومن وطي امة ابنه •
ومن وطي جارية ابنه فولدت منه ولدا فهي ام ولده وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لان محمدا لم يذكر
الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء لما روت عائشة ان رسول الله عم قال ولد الرجل
من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عم قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا
من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله ولاية تملك جارية للحاجة الى صيانة الماء فان قيل
لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه
ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية ولده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض
بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك
يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعني للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها
حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا
ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان الوطي واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي
يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا الوطي ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاسه
بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت
قبيل الاستيلاد شرطا وعنده بعده حكما له والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب جارية ولده
صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطي في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة
وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب
ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطي بانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر
ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولى بانا نقدم الملك
احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان
اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة
بان تقدم الملك حكما وفي فكان فيه شبهة يندرئ به الحد ولو كان الولد زوج جارية اباه اي اباه فولدت لم تصر ام ولد له

ولا قيمة عليه وعليه المهر وولد حر لانه صح التزوج عندنا وقال الشافعي لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية
عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق الملك
في مال ولده اظهر الا يرى ان استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية
عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطئ ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب
بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل وكذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب
لو كان فدل على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط الحد للشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جارية عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكر
في الكتاب واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه
فلا تصير ام ولده وقال زفر تصير ام ولد له لانه لو استولدها بفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان
تصير ام ولده ولنا ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء
وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الالفاظ لا ننبه عليها قوله لصحة العتق عنه اي
عن الآمر وقوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي اياه بطريق الوكالة عني
فيكون امرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعت منك واعتقته عنك
فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق عن الآمر بالاعتاق فلا يكون المقتضى اقوى من التصريح به اجيب بان الشيء
قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر
فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها فان قيل وجب ان
لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت
ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح
كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحة لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع
لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو
مختار شمس الائمة السرخسي وابي طاهر الدباس سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت
وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعني ابا يوسف تقدم التمليك بغير عوض هبة تصحيحا للتصرف اي لتصرف الآمر لان
تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي
هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فكان كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه الكفارة من غير تفرقة بينما اذا كان
الطلب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله عم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه
ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني
ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا
بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف
شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله وفي تلك المسئلة اي في مسئلة الآمر بالاطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير
في باب الزكوة ينوب قبضه عن الشرع ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير والله اعلم

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو دون منزلة واخس منهم رتبة
وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة
كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا في المبسوط لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة
حتى يكون في عدة ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح

النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الاول وهو التزوج بغير
شهود كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر كما قال زفر قال زفر الخطابات كقوله عم لا نكاح الا بشهود
ونحوه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما نتركهم وعبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او
اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها
فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات
ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا
كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة
من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او للزوج ولا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لم نتعرض لهم في الخمر
والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الفرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور
الركن من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح
ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح
وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة يجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم
وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم يجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء
على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء وهي لا تستلزم
الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما واما اذا
على الكفر ولم يترافعا لا نتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان النكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه
كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا
ان الحرمة اما ان تكون للشرع او للزوج الخ وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشائخ العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو
كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء
النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام
احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا يفرق برفع
احدهما لان الآخر قد استحق باعتقاده وبقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه
بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق
بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما شخصا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك
لعموم ولايته وقوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل المصالح يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل
وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه فان قيل كيف يصح هذا التقويم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي
كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المراة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد
وقوله والشافعي يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض جعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة و
النكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمته ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن بينا الترجيح
وهو قوله لان فيه نوع نظر له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى ترجيح فمن اين يقوم الحجة
قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع كم من واقع لا يرفع   واذا
اسلمت المراة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد
الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس

الطلاق قبل الدخول ترفع النكاح وبعده لا ترفع الا بعد انقضاء العدة وقوله الى انقضاء ثلث حيض ليس بصواب
لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي يقول وينبغي ان يتاجل عندكم الى انقضاء ثلث حيض ويجوز ان يجعل
هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق ومالم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت
وتقريره باسلام المراة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان
يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا تصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على
كفره وكان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلا بد من امر آخر غيرهما فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به ان
اسلم او يثبت ما يصلح كذلك وهو الاباء فان الاباء صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه
الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المص نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد
يصلح سببا تبتني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تاملت فيما ذكرته حق التامل ازال عنك الشبهة ولما فرغ عن
البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقا وقوله وجه قوله ما ذكره ان الفرقة
بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة
بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر
من فوت المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه بالتسريح باحسان كما في الجب والعنة
وقوله مع قدرته عليه في الاسلام زيادة تاكيد واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب
والعنة وقوله اما المراة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت
والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر
لها وقوله واذا اسلمت المراة في دار الحرب ظاهر وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة
على الحوض من القلب الذي لا يتشجع عليه الا افراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي حيض
الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج
الاسلام وكانه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البئر يعني في
قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى ثقل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق
لانه هو العلة لكنه تعذرت تلك لكونه طبيعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان
المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم يعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث
تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه في غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المراة اذا كانت المسلمة فهي كالمهاجرة
على ما سياتي حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير
المدخول بها عندنا والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان
كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها الدخول وغيره وهذا لان
الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول
فلا حاجة الى مضي الحيض واما هنا فالفرض انه لم يباشر فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت
الفرقة والمراة حربية فلا عدة بالاجماع لان الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسلمة ظاهر وقوله
فلان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يحتمل في النكاح حالة البقاء وان لم يحتمل في الابتداء الا يرى
ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح الموطوءة من وطي بشبهة ابتداء
واذا خرج احد الزوجين صورة المسئلة ظاهرة والحكم كذلك وتقريره دليله ان التباين اثره في العلائق

انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد
بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في
الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم وقوله اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الصفاء الا بانقطاع النكاح
ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم
مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح
يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وحكما ان لا يكون
في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب والسبي يوجب
ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره السبي يوجب ملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج امته جاز فكذا بقاء
ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر
بالمحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة
وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة
المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية
لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل
عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن وكان قد احترز بقوله
وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا
مهاجرة وان تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا
جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل
فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي
ولهذا لا تجب على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا يجب عليها
العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت
ولو مات وجبت العدة فلتجب منها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمها العدة لحكم
الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان التباين يربو على الموت الا يرى
انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة لان حملها ثابت
النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها
لا تتزوج حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع
حملها لانه لا حرمة للحربي فجوزه اولى كما في الحبل من الزنا فانه لا حرمة للزاني قيل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب
بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطي مطلقا وثابت النسب يحرم فيمنع النكاح ايضا دون غيره
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل
بها او لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها حتى تنقضي ثلث حيض بناء على ما ذكرناه من تاكد النكاح
وعدم تاكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنتقص عدد الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت
الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المراة فبغير طلاق وهو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله انه امتنع
عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق
ما يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء من الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان

الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه
رافع له بعد تحققه مثبتا عنه والمسبب عن الشي الرافع له لا ينافيه فلا يكون الردة طلاقا فجعلها الابا لانه تفويت الامساك
بالمعروف ليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما تم واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين
بل تصيره موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امراته
بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انما يرجع الى المحل فالابتدا والبقا فيه سواء تنافي
النكاح ابتدا فكذا بقا و توقف تحصيل ملك العين بالشرا ابتدا فكذا بقا وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان
ظهور اثره وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير
متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على امراته طلاقه لان تباين الدارين
مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها
الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المراة ولحقت بدار
الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب
فهو كالميت في حقنا وبقا الشي في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان
العدة هناك باقية ببقا محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع
والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده **وقوله** ولهذا يتوقف الفرقة توضيح لكون الردة
منافية للطلاق دون الابا **وقوله** ثم ان كان الزوج ظاهر **وقوله** ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها
كل مهرها ان دخل بها اي ما يليها لان المسئلة اذا كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة لا تجب النفقة عليه وجعل فخر الاسلام
احد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها **وقوله** لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة
وقوله وان ارتدا معا واضح ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا ومنعوا الزكوة وبعث اليهم
ابو بكر الصديق الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الاجماع يترك به القياس فان قيل
الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم
بتقدم شي على شي وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد
النكاح لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المراة هي التي اسلمت قبل الدخول بها
فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شي لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد
اسلام الاخر كانشاء الردة والله اعلم

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النسا لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اتم
بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرها اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام
المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النسا وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امراتان
بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امراة وكلامه واضح **وقوله**
ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سوى الاطلاق ما روينا من غير تفرقة بين القديمة والجديدة
وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فثلث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة
ان النبي عم قال تفضل بسبع والثيب بثلث **والحاصل** ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب
وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفي المصنف الاول ولا فصل فيما رويناه **والثاني** بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول
على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة انه عم قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن

والردة

ونحن نقول للزوج ان يبتدي بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في
ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والصحيحة
للمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي
لم يحتلم اذا دخل بين امراتين يجب عليهم القسم **وقوله** والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر **وقوله** بذلك ورد الاثر يعني
ما روي عن علي انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع **وقوله** ولان حل الامة
انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار
النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن
الثلث من القسم كالامة **وقوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام يشتمل على ثلث مسائل احديها ان القرعة
مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن
تلك المدة اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت
مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت
استحقاق القسم عليه في حالة السفر ليس لهن مستحق فلا يجب التسوية فلا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان المهر
ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك وكلامه واضح **وقوله** لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط
توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنها امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية
وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هذا والله اعلم

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره
وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق امر
خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطي كذلك نشوز العظم او انبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه
والرضاع بفتح الراء هو الاصل وبكسرها وهو لغة مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص
وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية في وقت مخصوص على ما نذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل
في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله
عليه لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع
ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون محرما الى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك
لكن لما انتفى مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث
رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات
معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عم لصح لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله
عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على
عرف **وقوله** لان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سوال مقدر تقريره تحريم الرضاع
باعتبار انتشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل **وتقرير** الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع **وقوله** وما رواه جواب عن استدلال الخصم بانه
مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والافتار
بالراء الاحيا وفي التنزيل ثم اذا شاء انشره **ومنه** لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كانه
احياه ويروى بالزاء كذا في المغرب **وقوله** وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر **وقوله** لان الحول حسن

٥ كان اول على المطلوب لكن قوله عما يتلى بعد رسول

للتحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما بينا يعني في وجه
قول ابي حنيفة فتقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تع وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكر
انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عم لا رضاع بعد حولين
الحديث ولابي حنيفة هذه الاية يعني قوله وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجهه ما ذكره ان الله تع ذكر شيئين يعني
الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثلثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في
الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا
لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى في بطن امه
اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز
اجيب بان الكتاب ماول فان عامة اهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة
الكتاب عليها استدل المص قطعية وبوت ره كما روي ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان
فشاور في رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله تع خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تع يقول وحمله وفصاله
ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولين فدرا لم يكن
دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بما ملولة ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغير
الغذا لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره ابقاء الحيوة وذلك اي التغير بزيادة مدة يتعود غيره فيهلك
وهذا هو الذي وعده المص لز وكله قدره بسنة كما في العنين وقدرنا بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذا
الجنين يغاير غذا الرضيع فان غذا الجنين كان غذا امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذا الرضيع يغاير غذا الفطيم لان غذا
الرضيع اللبن وغذا الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من تغير الغذا وتغير الغذا
بستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عم لا رضاع بعد الحولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم المص الاستحقاق
لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم
قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين
بالاجماع وهذا لان قوله عم لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه
اي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تع والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله بعده فان ارادا
فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفا معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضاع واراد به
الحرم شرعا وقوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سوا فطم او لم يفطم واذا فطم قبلهما لم يعتبر الفطام الا في رواية
عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ان ارضعته امراة قبل ان يمضي عليهما مدة الرضاع تعلق
به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في
حرمة الرضاع تمسكا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير ليس رضيعا
روي ان ابا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسالوه عن ذلك فقال اترون
هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسالوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المص وهو واضح وقوله الا ام اخته
من الرضاعة جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي
كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان تكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته
التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امراة اجنبية وللصبية ام

ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضعا وقوله
لما روينا اشارة الى قوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما
في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة من الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في
الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عم يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة
الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه
لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله عم لعائشة ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك
فان عائشة ارتضعت من امراة قعيس وكان اسم اخ قعيس افلح فلما كانت تلك المراة امها كان زوجها اباها واخ الزوج
عما لا محالة وروي عنها قالت يا رسول الله ان افلح ابن ابي قعيس دخل علي وانا في ثياب فضل فقال ليلج عليك انه عمك من
الرضاعة فقالت انما ارضعتني المراة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذا لا يكون الا باعتبار لبن الفحل لانه سبب لنزول اللبن
منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك او دونه لا محالة ومهما
لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه
ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي لاجله ثبت
الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير
وطي الميتة في انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم
ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المراة بسبب الولادة او الحمل من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما
ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المراة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المراة تحت زوجها وليس حل الوطي في الاحبال شرط
الحرمة حتى لو زنى بامراة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية
ولا لابيه ولا لابنه ولا لابنائه اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله
وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة اي ثدي مراة واحدة لانهما لو اجتمعا
على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص ببني الادمية دون
الانعام وقوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية
ونصب احدا على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احد من ولد
التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا صحيح فكان كلاهما بخط شيخي ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما
صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن بهذين التقديرين لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته
معرفا باللام وكلامه ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فسر محمد الغلبة فقال ان لم يغير الدواء اللبن ثبت
الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله
خلافا للشافعي عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء فشرب به الصبي يثبت به الحرمة
هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر وقولنا مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما
كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت
جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض
رجح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت
المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح بمعنى راجع الى الذات
لا بمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض

والصواب ان يقال لا تعارض ان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه
سلمناه لكن تعارض ضربا ترجيح احدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول اولى موضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا
ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في جب من الماء لا تنجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا
في عشر وما دونه في حكم القليل فلم يكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام والاصح
وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا
طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب
غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل
الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام
عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات
الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي المو
لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء خلط به
لتقويته على الوصول الى ما يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء للتقوية على الوصول وجب ان يستوي الغالب
والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء للتقوية
على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسرية الدواء والموح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط
وقوله لان اللبن يبقى مقصودا   واذا اختلط اللبن بلبن شاة. صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف
في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول
محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك
بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود
فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فيثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف
وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر واصل المسئلة في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة
فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشرب فهو على هذا الاختلاف عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك
وعند محمد يحنث لان الشيء يتكثر بجنسه لا يصير مستهلكا وقوله واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر
الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو
يقول الاصل في ثبوت الحرمة هو المرأة لان الجزئية تثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها بالموت لم تبق محلا لها لعدم
الفائدة ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى الى غيرها ولنا ان السبب
هو شبهة بالجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما لم يخرج
لحمها عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل يظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة
في ثمنها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن ويتيمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت ام امرأته وقوله واما الحرمة جواب
عن قوله ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطي انما تثبت بملاقاة المحل الحرث لتثبت به
الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن
المريض داواه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين
حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في
استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تع خلق اللبن في الا

الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن
على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تاملت لكن اختصاصه
بالانثى المولود من الحيوان وهو الذي يكون اذنا لا صموخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء المختلف وهو دليل ان ما
في الادمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين
الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار كان
يقول يثبت به الرضاع فانه دخل بخارى في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك
فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارى   واذا تزوج
الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع
بينهما نسبا اما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها
ربيبة لم تدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد او لم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها
وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تنصف الفرقة اليها
اجاب بقوله والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا يرى انها لو قتلت
مورثها لم يحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من
زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت
حقها ولم يلتزم ان كل ما لم يقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها ما اخرجها عن محلية النكاح كالردة
الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت
الفساد بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها
وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من
اصلنا ان المسبب كالمباشر ولهذا اجعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في
الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على
شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد الشهوة وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها
مسببة في ذلك التاكيد لا مباشرة اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا لان وضعه لتربية الصغيرة لا لافساد
النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال تاديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا او لان افساد النكاح
ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس ملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا
لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت
البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس
بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر
ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب
بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء لكونه متعوضا لان المعقود عليه عاد اليها
سالما لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا
كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما يكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد
وقصدت به الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن قصدت
دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مامورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل

الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا لما اعتبار الجهل لدفع الفساد ولا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك حكما فلا يعتبر به وقوله ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات احد الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي تقبل شهادة اربع منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان الثمن عن البائع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى البيان

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متاخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما ذكره

باب الطلاق

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تع لا جناح عليكم ان طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن والرشاد لها واقسامه ثلثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها بالنظر اليه لان المحللية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش وقوله ولا خلاف لاحد في الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والاباحة لحاجة الخلاص اي لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عم في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر انه طلق امراته وهي حائض على عهد رسول الله عم فسال عمر بن الخطاب رسول الله عم عن ذلك فقال عم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تع ان تطلق لها النساء واشار به الى قوله تع فطلقوهن لعدتهن قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا مخرج لما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله عم قال لابن عمر حين طلق امراته وهي حائض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق الموزع على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة

وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المص والاظهر ان يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها لا يدري انها حامل فتعتد بوضع الحمل او حائل فتعتد بالاقراء قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج واكتساب الولدان وكل ما هو كذلك لا ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونه امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجب ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر واظن انه اراد بالنص قوله تع الطلاق مرتان فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان يراد قوله عم لابن عمر ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية لا تجامع الحظر جواب عن قوله ان المشروع لذاته لا يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع ثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث وقوله واختلفت الرواية فيه والسنة في الطلاق من وجهين • السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهو ان لا يزيد على الواحدة وسمي الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنة في اي وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عم لابن عمر انما السنة ان يستقبل الطهر استقبالا يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها ولا عبرة بخصوص السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت

بخصوص السبب بل بقوله عم لعمر مره فليراجعها وان كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا
للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض كقوله تع واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن يعني ان اشكل عليكم حكم اعتدادهما تين الطائفتين فحكمهن
هذا وقوله واللائي لم يحضن مبتدء خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في
حق الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض
والطهر جميعا كما اختاره آخرون قال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في
حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين
طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور يتعدم
هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر
لما اقيم مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا الطلاق في الحيض فكان
حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة
ثلثة اشهر مقام ثلث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلث
حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة
ولكنها اقامت مقام الحيض وما قام مقام الشيء لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه
في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا يرى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء وفي الآيسة والصغيرة
ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام
والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما يكون في ثلثة اشهر غالبا
فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم يقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفي بشهر واحد ولم
يظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان
الاستبراء يكتفي بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر
قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض
انما كان ليتحقق عدد الثلثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه
العدد من الحيض فكانوا محجوجين لما قلنا الى هذا اللفظ ليس بشيء كما ترى لان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون
فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم
قال ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور الثلثة
مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاقي السنة
وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من
وقت الطلاق ومما يكمل الاول بالاخر والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات على ما سياتي ويجوز
ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني وكان
شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها
الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المص لان الافضلية
لا تنافي الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطيها
بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما

وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل اي في التي نحن فيهما من الآيسة والصغيرة
والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه
العدة فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر من
الوجه الذي ذكر جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما
تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا على الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما تقدم فيحرم عدم الفصل
بين وطيها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطي والطلاق لذاته وانما يحرم
ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان
تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الدائر على الدليل وهو الفصل وقوله وطلاق
الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تع فطلقوهن
لعدتهن قال ابن عباس اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الا
لانها في حقهن كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهي
طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا
فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح
عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التفصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا
اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لان زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان
يكون علما دليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف
الممتد طهرها جواب عن قياس قول محمد وزفر بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها
الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض
واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو
ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة عليها لان الحيضة التي وقع الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها
نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تع فطلقوهن لعدتهن اي
لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله عم مر ابنك فليراجعها لانه لما كان مامورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض
لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تع ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا
والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله عم لعمر مر ابنك فليراجعها وكان
قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المص ثم الاستحباب قول
بعض المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو
حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر ان يامر ابنه بذلك لا دلالة في ذلك على الوجوب
على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي عم امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها
امر لابن عمر فيجب عليه المراجعة وقوله ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها
بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة دون
قوله يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المص وهكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي
حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين

مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلعم قال لعمر مره فليراجعها ثم
ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى
الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه عم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي
واذا تعارضت الروايتان ذهب المص الى بيان وجههما المعاني الفقهية وهو ظاهر وقوله قال لامراته اعلم ان من قال
لمدخولتها انت طالق ثلثا للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء اولا وكل منهما على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيا
فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو
على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض وحالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة
وضد الشيء لا يراد به ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا
فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند
كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلثة دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة
فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحته وقوعه بالسنة وهي ما روى عن النبي عم انه قال من طلق امراته الغا بانت منه
بثلث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا
وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف وهو لانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع
يوصف بها لكونه فعل المكلف لكون الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت الآيسة اومن ذوات
الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قبل هذا ان الشهر في
حقها قائم مقام الحيض وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت
طالق للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه
لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة
باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المص لا تصح وقيل وهكذا ذكر فخر الاسلام وصدر الشهيد وصاحب المختلفات
وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد
فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف
فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضي فلا تصح نية
الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فيصح نية وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان
نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها
في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة
فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة او طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعي وقوعها جملة ودليله
يدل على التفرق على الاطهار كما ترى ونقل قاضي خان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثا وفيه
نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف فان المقتضي لا عموم له عندنا ولعله سبب
اختيار المص عدم الوقوع جملة لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابل من طلاق البدعة شرع في
بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق
جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا
يوصف بالحرمة في المعاملات والمقصود بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهلية
التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه والصبي

والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة والنائم
عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع
الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه
موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الا يرى ان من اراد ان يقول لامراته اسقيني فقال انت
طالق وقعت وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته
فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه
لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار
لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقريره ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهو
ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى قوله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته
ان تخلص عما توعده به من القتل والجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له الاختيار في
فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشرى والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له
فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل
بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم
العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب اما في حق الحكم
وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر فكانا متساويين فكان
اعتبار احدهما بالآخر جائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي عدمه والوجه من الجانبين على
ما ذكره في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب والخطاب
بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجاراة للخصم حيث لم ينصره ذلك واعترض
بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فبالسفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني
انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة
هناك اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح للاضافة
التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية ولكن انفصالها عنه ابتداء
وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد
والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود
فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة
الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا
واما غيره وهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع
الطلاق والعتاق واكد ذلك بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لم
يكن بزوال بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة
فما بالها لم يكن كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم يكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة
لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كالاغماء وقوله وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق
الامة ثنتان اثبت الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال بقوله عم الطلاق بالرجال والعدة

بالنسا انه عم قابل الطلاق بالعدة على وجه يخص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنسا من حيث
القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو
كرامة فالادمية مستدعية لها لكونها اكرم ما تكرم الله تع ولقد كرمنا بنى ادم الاية ومعنى الادمية في الحر اكمل لصلاحيته
لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي يجعل المملوك في قرن البهائم فلزم ان تكون
مالكية ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان
الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن
ثابت واما قوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عم ذكر الامة بلام التعريف
ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضى ان يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لبعض
الاماء ثلثا فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين اجيب بانه
يفضى الى ان يكون المعاني وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها
وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من
باب الاستخدام يكون المراد بالامة امة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدى
في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان يكون المراة محل النكاح نعمة في حق المراة لانها تتوصل بذلك الى
درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وهو نعمة في حقها تتنصف بالرق فان للرق
اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنتين فكذا في حق النسا فانها
لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضى ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف
طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول على وابن مسعود وجو
وتاويل ما روى يعنى قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب
بل كان الى ذكره حاجة لان المراة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك
بقوله عم الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امراة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امراته لان
ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية فكان يجب ان يملك النكاح
بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فتركناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية
فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحا والصريح يعقب الرجعة
بالنص وهو قوله تع وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية
ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة
وهي لا تترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشترى فانه لم يثبت
الملك فيها للمشترى ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه
لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا لكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى
النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة ان لم ينو شيئا وكذا ان نوى الابانة
لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضا العدة قال الله تع فامساك بمعروف او تسريح باحسان
الامساك بالمعروف وهو الرجعة والتسريح باحسان هو تركها حتى تنقضى العدة وتحقيقه ان الله تع سمى
الرجعة امساكا والامساك ابقا الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا

انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضا جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة لم يبق حجة
فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضا والمقتضى ضرورى والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة
الى البائن كان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعنى قصده وتقريره لانه قصد تقديم ما اخره الشرع
الى وقت وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بنى اسرائيل ولو نوى الطلاق عن
وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر لغة لم يدين في القضا اي لم يصدق وحقيقة دينت الرجل تدينيا اذا وكلته
الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف
فيما عليه فيه تخفيف وكذلك لا يسع المراة اي تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تع لانه يحتمله اذ الطلاق من
الاطلاق يستعمل في الابل او الوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق
الطلاق عن العمل لم يصدق في القضا ولا فيما بينه وبين الله تع لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل اي المراة تبالو
الشخص او المداب وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع
القيد النكاحي غير مقيد بالعمل فالطلاق ليس لرفع المقيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة
انه يدين فيما بينه وبين الله تع لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا
لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة ولو انت طالق مطلقا
بتسكين الطا لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا كان كناية لعدم الواسطة
والكناية تحتاج الى النية وقوله ولا يقع به من كلام القدورى متصل بقوله فهذا يقع به الطلاق اي لا يقع
بكل واحد من الالفاظ الثلثة المذكورة الا واحدة وان نوى نوى اكثر من ذلك وقال ش رح يقع
ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي ولكونه
محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى
قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق وكلما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله
وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي
وهو يدل على طلاق يكون صفة للمراة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني
لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضرورى تتصف به المراة وليس بفعل الزوج لكنه تقتضى الثاني تصحيحا له
فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى لا عموم له وقوله والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد
به وهو واضح وقوله واذا قال انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله
انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح بنية الثلث كما لا تصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث
انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلوحظ فيه جانب المصدرية
وصح بنية الثلث وبقية كلامه واضح قال ولو قال انت طالق الطلاق ولو قال انت طالق الطلاق وقال
اردت بقولى الطلاق اخرى فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق ويقع طلقتان رجعيتان
لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال انت طالق فطالق ولو اضاف الطلاق الى
جملتها مثل انت طالق لان التاء ضمير المراة وذكر هذا وان كان قد علم ما قبله تمهيدا لذكر ما بعده او الى ما يعبر به
عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تع فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تع فظلت
اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق او رجلك
لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعى يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر

والظفر والسن لما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح
كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا لا محلا فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه توفيقه لحق الاضافة ثم يسري الى
الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محل الحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل
اجاب بقوله بخلاف ما اضيف النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السراية
وفي الطلاق الامر على العكس يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير
محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها دخل الاتباع كما في شراء الملك الرقبة
فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع واما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي عم باليد عن جميع البدن
في قوله عم على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت
اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال لها راسك طالق وعنى اقتصار الطلاق
على الراس لا يبعد ان نقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد ان نقول بانها تطلق واذا قال
ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح
بدونهما بخلاف اليد والرجل قال بعض والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن
ولهذا لو قال ظهرك او بطنك على كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر
بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة
للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب
الكمال والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال
لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين
تكون ثلث تطليقات ضرورة هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما اورد يعني محمدا هذه المسئلة لاشكال
وهو ان كل عدد نصفه لا يكون الا نصفين فالقول بالثلثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية الطلاق يعني
اراد ثلث طلقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة
انصافهما يكون ثلث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان
ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا وكلاهما باطل
اما الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة
ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا
قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين ولم يقل هذا وقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين
نصف تطليقة ومن اوقع على امراته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير
محفوظة وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع
تطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره
وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى
تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان وهو المنقول عن محمد
في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح
لان ثلثة انصاف تطليقة تطليقة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلثا لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان
الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث طلقات لا محالة قال ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين

ثنتين • اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا تدخلا وهو قول زفر او يدخل الابتداء
دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر ان غاية
الشيء لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي
ان اباحنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير وروي
ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامراته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث قال تطلق
واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن
تسعة فتحير زفر وقال استحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه
لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا الغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك فبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان
مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون
ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب بانه يتمشى فيه
ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني
في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور فيه والاولى ان يقال قوله ان المراد به
الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من
الاكثر اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما اراد
به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس
ان لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة لانه اوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه
الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط ووجه ذلك ان
القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة
ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد
من وجودها لضرورة الثانية ووجودها بوقوعها ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه
الى الاولى لوقوع الثانية اجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق
بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل
كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة
في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب معروف فيما بينهم الى
واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض به ازالة الكسر يقع عند القسمة
فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها
وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه محتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع الى
المظروف وقوله ولو كانت غير مدخول بها واضح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها
او لم يكن لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تع فادخلي في عبادي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا
للآخر وبين الظرف والمظروف من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى فلا يصلح ان يكون
ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فتضعيف احد العددين بعدد ما في
العدد الآخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات

فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان تكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد في الطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار
للمذكور الاول على ما بينا يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام
فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه
عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده
فكيف يصح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء بالبينة
وموضعه علم البيان واقول هو خطابية لانها لا تنتهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه
المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة
الى ما وراءه ولو قال انت بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان
دون آخر وقوله وان عنى به ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون
شاغلا فيحمل على الشرط للمقاربة اي للمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق
المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط قال فصل
ذكر ههنا فصولا ترادفه بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده
بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى به التخصيص العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص
فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق
قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك لما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر
فهو من اجزائه لا من افراده وح لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز
فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا
لطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير الضرورة وفيه نظر لان صون
كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود
فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا
اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي
الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسع لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في
الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه
وقوله لابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف
الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم يكن نيته مصادقة لحقيقة كلامه وههنا صادقتها فيدين قضاء وديانة الا ترى ان من
حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر
لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في
غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تع انا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحيوة الدنيا
ويوم يقوم الاشهاد فانه للاستيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تع ذكر نصرة الرسل
والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكان تقع في بعض الاوقات
لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير
وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من الجائز قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب
فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس

موضع

امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في
ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلقي ولانه امكن تصحيحه
اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء
وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج
فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج
فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع
المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس
لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع
النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا
افضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المراة اما ان
كانت مطلقة زوج آخر اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل
اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح
ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا اما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة
لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج واقعا لتلك النية وفيه ما فيه وقوله
ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق
ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل
قابل والملك قائم فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية
النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت فانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع
بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه
قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج وكان الفرقة
وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت طالق ان
لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان مسئلة الكتاب تحقق شرط
الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت
البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال ولو قال انت طالق اذا
لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك فاما ان نوى شيئا اولم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع
في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه
العلماء قال ابو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل في
للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدلا لهما بقوله تع اذا الشمس كورت لافادة الوقت
الخالص في امر مترتب اي منتظر لا محالة وبقوله واذا يكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادته
في امر كائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى وبينما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح
كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامراته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت
ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط تستعمل
فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه ؎ استغن ما اغناك ربك بالغنا

واذا تقبيك حصاصة فتحل ش ووجه ذلك ان اصابة الحصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا فكانت بمعنى
ان ولم يستدل على جانب الظرفية اكتفا بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال
وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية انه على اعتباره للوقت لا يخرج الامر من يدها
وعلى اعتباره للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك ش نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن ان يكون
مخرجا للامر عن يدها والا يلزم ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمه ولو قال لها انت
طالق ما لم اطلقك انت طالق واحد واوله بقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لانه وجد
الزمان الخالي عن التطليق وقوله واخواته يريد نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها
فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول
وقوله ومن قال لامراة يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة
واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض
والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال
الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا بد من الظرفية فيرجح احد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب
المدة كاللبس والركوب والساكنة وغيرها بالصحة ان يقال لبثت يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما يحمل على بياض النهار
لانه يراد به المعيار وهو اليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت
او دخلت او قدمت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ
دبره الآية فالقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا وقوله
والطلاق من هذا القبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه يتميز المضاف
بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدي حر او امراتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك
او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امراته بقدومه ليلا او نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه
ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتباره عامة المشايخ انما هو فيما يختلف
فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت
طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اختلف الجواب كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه
في مسئلة يوم اكلم فلانا فامراته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد واجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان
الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وح لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو كان
عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها
لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر
مسائل اخر متنوعة وكان حقها ان يذكر في مسائل شتى ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو
قال انا منك بائن او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال ش لا يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان
الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بينهما فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في
الكتاب انها تملك المطالبة بالوطي كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح
والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم وقلنا
لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى
انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا لانها

لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله ولهذا اي
لانها مملوكة سميت منكوحة اي واردا عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم
لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها فان قيل كان الزوجان في الابانة
والحل مشتركين لاتحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال انت بائن او حرام ونوى الطلاق
وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك وعليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشا من عدم
الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا يحل على غيره ما دامت في عصمته فكانت
الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر
منك او عليك تعيينا للجهة وقوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء ظاهر وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني
قوله انت طالق واحدة او لا وقوله انت طالق واحدة او لا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع وقوله
ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل يعني محمد فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في
انه لا يقع شيء فكان عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت
طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله لما اي لمحمد انه ادخل الشك
ظاهر وقوله ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق
واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان
الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير
قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا يرى وهو واضح وقوله على ما
اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى وقوله فلان
ملك النكاح ضروري بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا
طرى عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا انما يسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك
اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرء عليه لا حل قوي ولا ضعيف اجيب
بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا
بقاء له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من اثاره فلا تجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح
باقيا من وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل
لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لا عدة ههنا
يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطيها واما العدة في نفسها فواجبة حتى انه لو
اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر قبل انقضاء عدتها قال وان قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامراته وهي امة لغيره
انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام
يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من ادواته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق
او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله
مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان
العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون
الطلاق لكونه امرا اعتباريا داخلا تحت قدرته واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليق يصير التصرف
تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق

التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة
لما ان العتق لما لم يتصور في غير القريب الا بالاعتاق كان من ذكر باب الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة
وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فصادفها
وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه
بقوله قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه لما ذكرنا بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط
ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه
الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع طلاق من قال لها وهي اجنبية انت طالق مع
نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظ المعتق ليتبين اثره فيما اذا
قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان
العدول عن معنى القران الذي هو حقيقته مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا
مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا
صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال واذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت
حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك
الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره
بتوضيح تبعا للنص قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى معنا يعني على وجه التعليق حيث علقه بالشرط الذي
علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين
في السببية لحكمهما ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علة والحكم لا يتاخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت
العلة شرعية او عقلية اصلها الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لان التطليق مقارن
للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه علة لا يتاخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح
وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتاخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن
العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كانت
العلتان والمعلولان معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والتطليقتان تحرمان الامة حرمة
غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر محمد ايضا ان قوله انت حرة او جزء من قوله انت طالق ثنتين وهما اي
الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد في الوجود وهو قوله انت حرة فيصادفها التطليقتان
وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا اقرب الا ان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم او جزئها
ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال للامراة انت طالق هكذا يشير بالابهام
والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصبع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم
لما روي عن ابن عمر قال النبي عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة
وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض
الجهال على محمد في قوله السبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة
روي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى نبي الله عم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله عم بماء
فتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي

الطحاوي في شرح الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة
اذا قرنت بالعدد وقوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله
الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم يكن من محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين
احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا له لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى و
ليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم يكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغيير المشروع
لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز
كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية
بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب
ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقا فلما يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله
ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة
تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من
شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخ شيخي العلامة وقوله فيقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت
طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق
بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي
تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان بقوله انت
بائن او انت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق
انت بائن فكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني
يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير
الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن
الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح
وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله
فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة
وافحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا اذا قال في قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوؤه
لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس
فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن فان قيل الافحش والاشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا
وافحش والفاحش هو البائن والافحش منه الثلث فينبغي ان يقع الثلث به نوى او لم ينو اجيب
بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو
مشهور يسمى الاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي يبتني عليه اقوالهم وهو ايضا
واضح وقوله وبيانه في قوله مثل راس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون
محمد مع ابي يوسف وقوله مثل عظم راس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقوله
مثل الجبل يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع ابي حنيفة وقوله مثل عظم الجبل تقع به واحدة
بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف
بالعظم عند الناس لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من

الاصل وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الملموسة انت طالق ثلثا وقعن وقال
الحسن البصري يقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع بشيء كما لو قال
انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني
هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان نعت المراة وهي غير
متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا
محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما
واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون واحدا ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا يقع الثانية
اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة
فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل
قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين
او ماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امراته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل
وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع
في هذه المسائل الثلث فصادف المراة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف بنفسه
بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين
للعدد لا للوصف وقوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا
قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة او بعد واحدة
وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المص في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة
لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في
وسعه فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل
الاخرى فيفوت المحل ويلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي
وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة
لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فيقترنان لما مر وقوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى
ويلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة
مع للقران فيتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فوقعتا معا وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان
الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع وقوله وفي المدخول بها يقع ثنتان في
الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد الكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى [قال] ولو قال لها ان دخلت
الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان
الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجمع بالاتفاق وان كان الاول
كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة يقع واحدة لهما ان
الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فتجمع بينها فيتعلق جملة وتنزل جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت
طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع
المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه في الخارج لا يخلو عن احد الوجهين وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار

اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق
فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما
كان كذلك توقف صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى
فلا يقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف
فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو
سواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح
[قال] واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات
الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت
فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة
فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال معنيين حتى يحتاج
الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المص في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله لان
قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضى اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي رحمك كما اشار
اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا وقوله او مضمر
يعني في قوله انت واحدة وقوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال انت واحدة بالنصب
او بالرفع او بالسكون فقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونها
صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة لشخصها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع
في الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الوحي وان اخطأ الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال
المعنيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة
في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب
النية فلما ذكرنا من احتمالها الطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج
عدم النية واما جواز نية الثلث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمراة للحال ولاتصالها وجهان انقطاع
يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فتعدد المقتضي تعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعينه والمثنى معزول عن ذلك
قال المص سوى يعني القدوري سوى بين الفاظ الكتاب في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه
بل انما يكون ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيان ذلك وبين قوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا
وحالة مذاكرة الطلاق بان تسال ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة
اخرجي اذهبي واعزبي وقومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال
الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من التقنع وهو الخمار ومعنى الردية هو ان يقول
واقنعي بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق
وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك
بيدك اختاري والحكمة الاولى تصلح للسب والشتم ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية
لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه
وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة
لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ

الثلثة المتقدمة وقوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اعزبي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب
يصدق في ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري
وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي
عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة
الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمس المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب
فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الى ملكي او انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء
خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لذفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك
اوحش من ان تكوني خليلتي **قال** ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا • ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول
مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان الواقع بها طلاق
واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معقب
للرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية
شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيها لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا لو كانت
المراة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق وهو مساس الحاجة اي انها
دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المص احدهما قوله كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير
قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المراة عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة عند نيته عسى ان توقع المراة عليه نفسها
وقبلته بشهوة فيثبت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير
الوجه الثاني وان جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه
واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المراة بسبب
من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلثا ولا يرضى بالاستحلال
فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما **الوجه الثاني** فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية
ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله الخ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف
تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة
التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لا بد منها وهي لا يمكن ان يكون البينونة الغليظة
لانسداد باب التدارك بها فتعين ان يكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله وليست كنايات على التحقيق جواب
عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان لو كانت
حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها وقوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا
يشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد
نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد
جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد
وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله
وانما يصح نية جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن مثلا كما لا يصح في
قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم تكن من انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع
البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا

خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت
لكونها جنسا الخ **قال** وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي • هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع
طلاقا وقعت ثلث • نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء • نوى بالاولى طلاقا لا غير وقعت ثلث •
نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالثالث طلاقا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت
ثلث • نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالثالثة لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولى طلاقا وبالثانية
حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة
حيضا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلث • نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان •
نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولى والثالثة
طلاقا لا غير وقعت ثلث • نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة
حيضا وقعت ثنتان • نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان • نوى بالثانية والثالثة طلاقا
وبالاولى حيضا وقعت ثلث • نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان • نوى بالاولى و
الثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان • نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة •
وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك
والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل
فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء نفسه
هذا الباب ثلثة فصول بالاستقراء
وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى
الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء
ومن لا يملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن
مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم انهم قالوا اذا خير الرجل امراته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك
فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع قوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل
ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن
المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا القياس باثار الصحابة والمص جعله
كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس المعنى قياس المص
التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكر صاحب النهاية
ثم فرق صاحب النهاية بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل
يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمراة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك سؤالا
احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين ولهذا
على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثاني ان التخيير لو كان تمليكا لو ارد ملكه
وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالث ان لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث
الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاول بان حاصل ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة
وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس برافع لجواز ان يقال كذلك في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية
كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف بطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو

الاقرار على التصرف وح تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول
فقبل القبول لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع
مذكور في الزيادات ثم المراة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضه يقع تطليقة
رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود انه لا يقع في ذلك شيء قالت عائشة خيرنا رسول الله صلعم
فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضه لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها
بها وذلك في البائن ولا يقع ثلث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من
ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة
كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح
وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت
وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا تعيين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين
ولا تعيين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكانها قالت
اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس في التعيين لان
الهاء اي التاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد
انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال اختاري نفسك بما
شئت او بثلث فصار متعددا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير
متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المراة مفسرا بذكر الاختيارة كما لو قال
الزوج اختاري فقالت المراة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر
النفس وكلامهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق
والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترده فصار كما اذا قال لها طلقي
نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عائشة وهو ما روي انه لما نزل قوله
تع يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدا رسول
الله صلعم بعائشة فقال اني مخبرك بامر فلا تحدثيني حتى تستامري ابويك ثم اخبرها بالاية فقالت افي هذا استامر ابوي لا بل اختار
الله ورسوله اعتبره النبي عم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز
في الاستقبال والحقيقة يمكن ان تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق
نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قولها اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان
دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي
عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان
حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع
مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنيي المشترك يترجح
بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على ان مثل هذه الصيغة
للحال يقول الرجل فلان يتجر كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع
للسوال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة

الاصول وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم
من قال مثل ما قال به المص ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمص لانهم بحجتهم والقول
بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف
ولو قال لها اختاري اختاري اختاري • ولو قال لها اختاري ثلث مرات فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة
طلقت ثلثا عند ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية
وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس
لزوال الابهام فالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد
وكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة
الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك
لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان
يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى واختيها واذا لغي اللفظ
من حيث الترتيب الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا لغي في حق الاصل
لغي في حق البنا واذا لغي في حقهما بقي قولها وهو اخترت يصلح جوابا للكل فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين
احدهما انه اطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاول اسم لفرد
سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام
على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب
ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون
الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا
بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه عن المحصلين خيرا ولو قالت اخترت اختيارة
فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري
فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الانطلاق اي البينونة
بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ
يوجب الرجعي فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار الى
الجواب بقوله فكانها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال [illegible]
قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المراة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه
من الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة لان رواية المبسوط والجامع
الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه ما ذكر في الكتاب
والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو
ان التطليقة لا يتناول اكثر من الواحدة وانما يكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها
والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك
الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا اي التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقوله
اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو الجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف
من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق اقوى

وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار وما يؤول اليه من المعنى وهما
ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار
لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة اذا جعل الرجل امر امراته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا
صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك للامر فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع
عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك
من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شي وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا
قال امري منك بيدي او امرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع واذا قال لامراته امرك بيدك ينوي بذلك الثلث
فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية
الدلالة على الثلثة اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في
القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلثة فلان الواحدة صفة الاختيارة فصار كانها
قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاولى الاختيارة وانما
عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمعناها وبذلك اي بقوله اخترت
نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة وحين نوى الزوج فقد فوض اليها
ذلك ولو قال يعني في جواب قولها امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها
وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا تتوهم التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة
الاختيارة لانه اعاده لبيان قرينة للمحذوف وكانه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية
التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلثة المذكورة
فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها فقوله في البائن خبر ان وتقرير التفويض حصل في البائن لضرورة
انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة
المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المراة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت
نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المص حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم
وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار
القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن
فليس بمانع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا
على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم و
الخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شي قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها واذا كان الامر
اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص
فيكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان
الاختيار لا يتنوع قال ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد الخ ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل
حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد
لانه صرح بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها في
الغد لا تطلق فكانا امرين فرد احدهما لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد ردة في اليوم وقوله اذا ذكر اليوم

اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى ادراج بلبس وان كان ظاهرا قال فهما امر
واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على الاخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر
وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكان الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين
غير متصل احدهما بالاخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فتوقت بالاول وجعل الثاني امرا مبتدءا كانه قال وامرك بيدك بعد غد
ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك كلامه ظاهر وقوله لانها لا تملك رد الامر كما لا يملك رد الايقاع معناه
ليس للمراة ان ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي وقعه زوجها
عليها بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا وقوله وجه الظاهر
ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية
ولم يذكر خلاف احد وقوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه
في اخر فصل اضافة الطلاق والمص اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه واذا
جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف
براي نفسه وهذه متصرفة براي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات
تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قوله قيل كانه قال قيل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان
الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن بتقييده بيومين فائدة لان المراة اذا
لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها
ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع يعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او لصمم فمجلس
علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت
طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك
والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب
تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها في المدة التي
وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث
التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التاقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس
لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر
الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف
يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه
التعليق ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعني الى مجلس اخر
وتارة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الخ وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر
وقوله ليس للتقدير اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقول
قول محمد في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حضره
امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله فيه روايتان عن ابي يوسف وفي رواية الحسن عنه
لا يبطل وفي رواية حسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين يندرج فيما ذكرنا قيل انما خص ابا يوسف
بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلتا عنه وقوله ولو قالت ادعوا ابي استشيره ظاهر وقوله
والسفينة بمنزلة البيت يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعد

السوال عن تقدم الامر باليد والمشية دوري فيسقط ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت
نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها قوله سوا طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله
طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشية اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت
للقطع وصلحت لقطع النكاح الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك
بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب
موافقا للسوال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان
الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل بما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لتصحيح
الاصل اولى فيصير اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وقوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية انما قال
بهذا التغير الكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر واري انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف
الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة رح
انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وبينهما تغاير
لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج
ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض
والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار
على المجلس نظرا الى التمليك وفيه سوالان احدهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان
معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثاني
ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده
تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا والجواب عن الثاني
بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها الحبل
في طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق الضرة اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان كونا
من باب المشية او لا والاول شمول التمليك والثاني شمول التوكيل او التحكم الباطل قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت
واضح ولقائل ان يقول التمليك في هذه الصورة موجود او لا فان كان الثاني لا تقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان
الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما
في شرط الخيار وهي طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال الرجل طلق امراتي واضح ومناطه
ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال الرجل طلقها ان شئت فله ان
يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف
عن مشية لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا استويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار
كما لو قال للوكيل بالبيع بعه ان شئت فان ذكر المشية لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية
والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته لا يقال قد تبين ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية نوعان
تفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشية اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى
ثابتة والوكيل مع جهة حظر يرفعها وقوله طلقها ابتغاء للفعل للموكل والثانية انما يكون في الملاك وقد فوضها اليه بقوله ان
شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك

التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قررت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف لا على ان المالك
يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما تم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول
وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امراتي فيحتمل
الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه و
يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتامله فلعله مخلص وقوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع على
البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع
وان قال لها طلقي نفسك ثلثا هذا البيان مخالفة المراة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية
فوجه قولهما واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقتها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع
عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة في اصل الطلاق فيكون نحو قولها طلقت نفسي منك
بمثله ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي
نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على الاجازة وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من
العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلث يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب
بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلث ههنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلث المعدومة فان قيل
سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير
ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحدة على ما ذكرتم اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون
عاما اذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو
اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا
قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت ثلثا اذ الشرط لا بد له من جزاء
فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله متاخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلث ولم توجد مشية الواحدة وكذا
عند ابي حنيفة لان الشرط مشية الثلث ليست مشية الواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت
طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت
ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك
ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية
واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشية فيكون شائيا
لمشيتها لا لطلاقها لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها
فيلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية ليتعين جهة الوجود وقوعا
وقوله اذ المشية تنبئ عن الوجود قيل لان المشية في الاصل ماخوذة من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت
بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال عم الحي اريد الموت
اي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان
يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف
العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل لو كان كذلك لكان
من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وهو كذلك واجيب بان بطلان التالي ممنوع وبعد التسليم
نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي

تحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الخ واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا
الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله
وقدم من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا
الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان تقول طلقت واحدة واحدة
وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي
ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان
ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط
فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا
مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى
لانها المحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به
لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو
قال انت طالق في اي وقت شئت قال وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا فيما
اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها او لا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة
واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا بد
من ان ينوي الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب
التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا وبالعكس
وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فاذا شاءت او وقعت ما شاءت من الرجعي
والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي حيثية شاءت لان كلمة كيف للسوال عن الحال مطلقا فلا بد
من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت
او اين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي
وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي
وجود اصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سوال مشهور وهو ان
المعقول ان لا تحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان يستقل باثبات ما فوض اعتبارا بسائر التفويضات
وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين
احدهما وقد روي عن الطحاوي ان للمراة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن
الفوايد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي
ولقائل ان يقول لا منافاة لهذا التفويض بسائر التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق
وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر وتوضيحه ان المتاخر الى المشية ما علق بها
والتعليق بالمشية انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس شيء منه وهو لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا
اصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا
لمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيتها وفي موطوءة المحل باق بعد وجود الاصل
فلها المشية بعد وقوعه وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة ولا
حال للعتق تفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة لان ما اورده

في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غيره فذكره
ليبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت
طلقت نفسها ما شاءت وذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم
من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز
ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها مشية القدرة لا مشية الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تع فمن شاء
فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه
الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها قوله لانهما يعني كم وما تستعملان للعدد فقد فوض اليها
اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تع ما دمت
حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح بامر
آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المراة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون
ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض
جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت عن المجلس بطل
لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد اذ ليس ما يدل على التكرار قيل
هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسوال وذلك الجواب الواحد ينبغي
ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب
في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار وان
قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة وقالا لها
ان تطلقها ثلثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تع فاجتنبوا الرجس من الاوثان
وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فليحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا
كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما
ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عامة وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل
فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يحمل احدهما وفيما
استشهدا به ترك التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية فان النكرة اذا اتصفت
بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف قيل ثم انها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع
شيء عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها لا تقع وذكر

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا
من ذكر الطلاق والشرط والمركب موخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط وهو
في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق
والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امراة
اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي رح لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على
ذلك بقوله عم لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امراة فابى اولياؤها ان يزوجوها
منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله عم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا
ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ

العلة ثبت بعد في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق
لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفا المانع بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار
فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزا وقيام الملك في الحال شرط الصحة والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط
في المتنازع فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث
فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمص قائل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم بالمتكلم
لانه يمين ومحلها ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير
وقوله والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه صلعم
عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز وليس بجائز
وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله
واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثلا ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في
والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان بقا الشي على ما كان وهو استصحاب الحال لا بقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط
والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله فصح يمينا يعني عندنا
على ما مر وايقاعا يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم تثبت حكمه فيه ولا يصح
اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى ملك لان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود
والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل
على الحمل والمنع الذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزا والخوف انما يكون اذا كان الجزا غالب الوجود عند الشرط
واما ان ظهوره باحد هذين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل او المنع والاضافة الى سبب الملك كقوله
ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزا ظاهر عند سببه يعني سبب الملك
قوله فان قال لاجنبية تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر تزوجتك حتى يؤول معناه
ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانا عن الالغا واجيب بان حمل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قول على
وجه يؤدي الى مذمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان قد يقع فيما يكون محمودا
شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان
يكون محذوفا او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس يتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شروطه ان يكون المقدر احط رتبة
من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلى رتبة من دخول
الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه
اصول الفقه ❁ والفاظ الشرط • عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسما ولم يورد
احد حرفي الشرط وضعا وهو لو وقال في النهاية لان كلمة لو تعمل على الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عملها لفظا ومعنى فانها في موضع
الجزم بجزمن وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفا في جزائهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان
يقال قد تقدم ان التعليق يمين تعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشي لامتناع غيره في الماضي
فاني له مدخل في ذلك وقوله لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى
هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين
اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما يليها
افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق

معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد
مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قدرناه وهذه
الالفاظ مما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم على الوجه الذي قدرناه ولكن قوله فيكون علاما على الحنث ليس بلازم للمقدمتين
المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية
ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم تنته اليمين فان
من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الا
الا في كل وكلما والثاني انه قال من ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي
طلقت ثانيا لم يقع الجزا والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الجزا انما يحصل
باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسما ولم ينشأ من
منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله من ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال
انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها
بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شي لان الجزا اطلقات هذا الملك ولم يبق شي منها وبقا اليمين ببقا الشرط والجزا فاذا انتفى الجزا
انتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجي ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق حنث بكل مرة وان
كان بعد زوج آخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور ❁ وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها • اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقا اليمين بالشرط والجزا والغرض
ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزا ايضا باق لبقا المحل وهي المراة فيبقى اليمين كما كانت في محلها وهي ذمة الحالف فان قيل
سلمنا ان محل الجزا باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقا
واليمين لا يحتاج الى الملك ابتدا بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقا اولى اذ البقا اسهل من الابتدا ثم بعد ذلك
لا يخ اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع
الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزا المعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ
لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شي لانعدام
المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله ولم تطلق فلانه ليس على ظاهر
بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله كما قبل في العدة والغشيان اما قبولها في العدة فبان
تقول قد انقضت او لم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت
بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض وقوله
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهو انها الخ من الحيض وعدمه والمال شمول
طلاقهما وشمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع
طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشي موجودا ومعدوما في حالة واحدة
وهو واجب بان الشرع اثبت لقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك
حكمين مختلفين يجب اقتضائهما وليس ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره
وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضا الوجود
والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها وليس
خلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة

الى قوله امينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله ولايتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله
اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب ان لايقبل قولها اصلا ووجهه انه لايتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب
التخلص بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت حيضة
فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر من الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رات
الدم حتى كان الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لايقع الا بعد
طهرت وقوله فى حديث الاستبراء يريد به ما قال عليه السلام فى سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة اراد به كمال الحيض
وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالانقطاع والغسل وما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون
العشرة وقوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال اذا
صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره فى الكتاب قال ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت
طالق واحدة • هذه المسئلة الخ على اوجه ان علما ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية
فلا يقع شئ بعده وان علما ان الجارية ولدت اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر
ايهما اول لزمه فى القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفى الثانية شك وفى التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان
قد طلقها قبل هذا واحدة لايطاؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطى امراة يحل له وطؤها خير من ان يطاء
امراة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الخ وحاصله ان انقضاء
عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمرو وعلى ما ذكره فى الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها وقوله فى حق الطلاق كشئ
واحد يعنى من حيث ان الطلاق لايقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك
فلذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين باهلية المتكلم وهى قائمة به فيكون صحة قائمة به بان
يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك
اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا
او مانعا وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله
وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم يبطل
اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص فى خلال الحول فانه لايضر وقوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق ثلثا مسئلة الهدم وهى معروفة وثمرة الخلاف لاتظهر فيما ذكره فى الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت
الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول
فى الدار يقع الثلث لان الثلث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين
وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحققه
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر يقع الثلث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات فى ملك دون ملك فلا
يتقيد وقوله وقد بقى احتمال وقوعها اى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر فبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء
ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لدلالة الحال اعتبارا قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هى المانعة اذ الظاهر عدم
ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين تنعقد للمنع او الحمل وههنا عقدت
للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فاتت بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم ان بقاء
الشرط والجزاء وقد فات الجزاء اذ الكل ينتفى بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر فى المنع والحمل لم يصح ان

خور

ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان الكلام
للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر فى صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت فى الوجدانيات
كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط فى مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه
متصوران وقوله بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فاتت بتنجيز الثلث اى فات الجزاء بتنجيز الثلث المبطل للمحلية
بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لايفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت
بثلث طلقات عند ابى حنيفة وابى يوسف وهى مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال
لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة
فان هذه المراة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت على كظهر امى ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر
كان مظاهرا منها اذا دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت
تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين وعن الثانى بان محلية الظهار لاتعدم بالتطليقات الثلث
لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثانى الا انها
ان دخلت الدار بعد الطلقات الثلث انما لايصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما
فى ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار ح ثبت الظهار وقوله ولو قال لامراته اذا جامعتك
فانت طالق ثلثا ظاهر وقوله فى الفصل الاول يعنى اذا لم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه
انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائى وقوله ولا دوام للادخال معناه ان للدوام
حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله وجب العقر قال فى ديوان الادب العقر
مهر المراة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابى العقر فى شرح الجامع الصغير وقوله
لوجود المساس اشارة الى ان هذا الحكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابى يوسف واما دوام
المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغى ان يصير مراجعا فى هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة
الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتاخيهما فى كونهما بيان التغيير
ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة
ان شاء الله تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق فى اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل
واحدة منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تع سمى استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا فى ان قوله
ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثانى والى هذا اشار
المص فى باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشية الله تع اما ابطال او
تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تع واذا قال لامراته انت طالق
ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا
به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اى بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة
عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا
من هذا الوجه يعنى من حيث الصورة والتعليق اعدام اى اعدام العلة قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم
لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط
لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن
الاول وقوله فيكون الاستثناء يعنى على قول محمد او ذكر الشرط يعنى على قول ابى يوسف وقوله وكذا اذا مات معطوف

معتك

على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا مات بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء
من ان يكون ايجاباً واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حيوتها والاستثناء بعدها فيكون باطلاً لعدم
المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب
لو اتصل بالموت بان تموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء والشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء
ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان الموجب ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله
انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادة الاستثناء
بقوله قبل ذلك اني اطلق امراتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق الا ثنتين
طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى استثناء القليل والكثير سواء خلافاً للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب
والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى بعد الاستثناء هو الصحيح احتراز عن قول من يقول
انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال
عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلاً كان او كثيراً او اكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل
من الكل مثل ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما به وصارفا للفظ اليه فيبقى كلامه الاول
كما كان ويقع الثلث وقد ظن بعض اصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس
كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية تحتمل الرجوع وذكر المص في زياداته ان استثناء الكل
من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من
الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل تطلق كلهن ولو قال كل نسائي
طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء
تصرف لفظي فيصح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظاً فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي
لما صح في قوله انت طالق عشراً الا تسعاً لما انه لا مزيد على الثلث شرعاً وهو صحيح بلا خلاف وقوله وانما يصح اذا كان موصولاً به ظاهر

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنياً وبدعياً صريحاً وكناية تنجيزاً او تعليقاً
كلاً وجزءاً شرع في بيان طلاق المريض متعرضاً لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان حكم من
الاصل وهو اذا طلق الرجل امراته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل ان من ابان امراته في مرض موته
بغير رضاها وهي ممن يرثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي وقيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعياً
كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائناً
في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وبمن ترثه لانها ان كانت كتابية او امة
لا ترث وبالموت في العدة لانها ان ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافاً لمالك وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من
جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة
وبعده لان سبب ارثها منه الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا
ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضاً ظاهر
فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها فان قيل ان كان سبب
تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان تستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده اجاب
بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً وقد امكن ذلك الى
زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الاثار من حرمة التزوج وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة

لانه اذا كان برضاها لا ترثه اقول فيه انه اذا طلقت ... جاز الزوج في مرضه ترث وليس ... رضا فبينا ... الفرق ... ان نقول ... في صحته لانه صح ... اذا طلقت ... في مرض موته
سعدي افندي رحمه

رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها دفعاً للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التاخير فيه غير
غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلاً وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه
الزوج اذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المراة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه
رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قائماً بوجه من الوجوه وقوله فتبطل في حقه
قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه
لا وجه له وقوله وان طلقها ثلثا بامرها ظاهر قيل سوالها الطلاق لا يربو عن قولها اسقطت ميراثي من فلان
وثمه لا يسقط واجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض
برفضها جعلناها قائمة في حقها حكماً واذا رضيت حكمنا بارتفاعها فيسقط الارث ضمناً له وكم من حكم يثبت
ضمناً ولا يثبت قصداً وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة
لها وهو ادل على الرضا بها وقوله وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة
ويجب ما اقر واوصى بالغاً ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقوله وفي الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث بطل
بسوالها او تصديقها فزال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله وجه قولهما في المسئلة الاولى
انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة وصارت اجنبية وانعدمت التهمة واستوضح ذلك بقوله الا يرى وقوله
وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية
والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا يجوز وصيته
واقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع
مع بعض قرابته بدين ايثاراً له على غيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز
الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على انقضائها
وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو
واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار
والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها
وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا يرى
انه يقبل شهادته لها وهو واضح **فصل** ومن كان محصوراً او في صف القتال هذا لبيان حكم الفار غير منحصر في المرض بل كل
شيء يقرب الى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء
وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً ان يكون صاحب فراش وفسره من يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما الاصحاء وكلامه واضح
وقوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار
كالمريض في هذه الحالة ومنها المراة الحامل فانها كالصحيح فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام
يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان
آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله واذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها
في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها
لان مرض الموت ما يكون سبباً للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقاً
بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان
فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتاً في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا

واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح كلام فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار
انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشيا يعني وجدت تامة لا تحتاج الى جز وقوله
يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا يظهر بمسئلتين احديهما انه لو علق طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه
يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امراته بشرط ثم حلف
ان لا يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله والفعل مما له منه بد ولا بد له منه يصير فارا قيل عليه
ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا
في مباشرة ذلك الفعل ظلما فلا يرث واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر
الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لان عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان وقوله
لانها راضية بذلك يعني صار كانه طلقها بسؤالها لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لا نم ذلك فان احدا لو قال للعبد اذا
قال لصاحبه ان ضربته ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم
يجعل ذلك رضا اجيب بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روي
عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم فيبطل حكمه ايضا بشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المراة فكفى ذلك لنفي
حكم الفرار وقوله او في العشي راجع الى صلوة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة
فرضت على النبي عم فكان الفهم في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج
الطلاق لم يكن في ماله حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها او فعلها
باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي او بمجي الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة
فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم لان
المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بالاصنع معتبر
لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار
وقوله ان الزوج الجاها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي لو
طلقها ثلثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره في مقابلة من مسئلة المطاوعة فانها
انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث
لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لان المحرمية لا تنافي الارث بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله
وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فيكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد
لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة تقع بقضا القاضي عندنا
فكان آخر المدارين اجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضا ووجه
قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لانه لسند فع العار عن نفسها فكان ملحقا بفعل
لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله وان الى وهو صحيح ظاهر وقوله وقد ذكرنا وجهه يريد به قوله
قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الخ فان قيل لا نسلم ان الايلا نظير تعليق الطلاق بمجي الوقت وان كان الايلا
في الصحة لانه متمكن من ابطال الايلا بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشأ الايلا في المرض وهناك ترث فكذلك
ههنا فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحة فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه
انشاه فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلا الا بفي يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا
بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها

القضا

بفعلها او بفعله وسوا كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح لا يحتاج الى الشرح

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي
عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها ما تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم
والثاني ان لا يكون بمقابلة مال والثالث ان لا يستوفي الثلث من الطلاق والرابع ان لا يكون المراة مدخولا بها والخامس
ان يكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لا حد ثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك
ان كان في حضرتها او راجعت امراتي في الغيبة بشرط الاعلام او في الحضرة ايضا او يقول رددتك او امسكتك او يقول انت
عندي كما كنت او انت امراتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها
او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيح عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان
الرجعة بمنزلة ابتدا النكاح لا يصح بالوطي ودواعيه فكان الوطي حراما كما في ابتدا النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة
النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقا وسنقرره اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو
قوله قلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة جز الدليل وقوله كما في اسقاط
الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع
جارية على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطيها سقط الخيار كما اذا سقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع
السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع اسهل من
الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال والدلالة
اي الدليل فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فتقع دلالة وقوله خصوصا في الحرة لبيان ان حل الاستمتاع
بها ليس الا بالنكاح واما في الامة فتحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح
كما في المقابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين
والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة لطلقها فتطول العدة وفيه ضررها فلا يجوز لقوله تع فاذا بلغن
اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا **فصل** ويستحب ان يشهد على
الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا على اني قد راجعت امراتي وان لم يشهد صحت الرجعة
وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتدا النكاح ويجعل
شرطا على الرجعة لهما قوله فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل
منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله فامسكوهن بمعروف
وقوله تع الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تع وبعولتهن احق بردهن وقوله تع فلا جناح عليهما ان
يتراجعا وقوله عم مر ابنك فليراجعها وقوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل المذكور استدامة للنكاح لما
تقدم والاستدامة انما هي حال البقا والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقا بالاتفاق فكانت كالفي في
الايلا في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقا الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري
التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه يعني من قوله تع واشهدوا ذوي عدل منكم محمول عليه اي على الاستحباب دفعا
للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق كما في قوله تع واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث
قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا وسوى الاشهاد فيهما اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة واعترض بان
القران في النظم لا يوجب في الحكم كما في قوله تع اقيموا الصلوة واتوا الزكوة اجيب بان ذلك فيما اذا حكم على احد
الجملتين المتعاطفتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما

نفسها جملة اخرى تعلقت بهما واحديهما يقتضى تعلقها بهما من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في
معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها ربما تقع المراة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها
لم راجعها وقد انقضت عدتها ويطاها الزوج الثاني عاصية وزوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك
لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء وكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان
في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف يكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية
لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها
لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق
ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق
وان كان الاول لم تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة
فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة
انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار
يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا يكون معتبرا
ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة
لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه او
يصدقه المولى ويكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن
وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة بمنافع
منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته
من فلان وهو اي ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول
قوله في ذلك لكونه امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك
لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فاني يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك
فكان الفرق ظاهرا وان كان الرابع وعبر عنه المص بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع
خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو منكر وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء ظهر ملك المتعة
للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة
فلا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا اليه قوله وان قالت انقضت عدتي ظاهر
والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة كلامه واضح وقوله يلزم حكم من احكام
الطاهرات يعني وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله او اذا
تيممت وصلت اطلق الصلوة لتتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى تثبت من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف
وقراءة القرآن واباحة الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه
الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم اما قراءة القرآن فانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة
فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقرأ في صلوتها آية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية
لان الضرورة انما تتحقق حال اداء الصلوة فلا يكون قبله طهارة تتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة
لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا ينقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة والجواب ان الضروري

الضروري حيثما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه
مضي العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم
طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت
شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت قال
وهذا استحسان اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه او ما دونه وروي عن ابي يوسف
في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن وفي
الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعن محمد فيما دونه فان القياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان
ان تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمص اشار الى ذلك بقوله والقياس في
العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون العضو ان تبقى
لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله الا ان
ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت
قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم
انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق قائله في هذا الادراج
اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو
كامل والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في
الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهي رواية الكرخي عن محمد هو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة
والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه
لا خلاف لاحد في فرضيته قال ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها
ثم اراد الرجعة فله ذلك لا معتبر بقوله لم اجامعها لان ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون لكون المسئلة موضوعة في ذلك وهي ظهر
في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت
الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه
انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح
والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق نفسه وتكذيب الشرع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان
ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة
من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشرع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق بالاقرار
ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف
المستشهد به فان المانع ثمة موجود وهو تعلق حق الغرماء به وقوله الا يرى توضيح لكونه والطلاق في ملك متأكد يعقب
الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا اثبتت بهذا الوطي فلان تثبت الرجعة التي
فيها جهة العقوبة اولى وقوله تاويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق
بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد
الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر
كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا
القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطي وليس كذلك وانما هو مستلزم

لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والبدل
غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها
وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب
ثابت لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطيا
قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطي حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطي قبله
لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت
الرجعة صحيحة ۞ فان قال لها اذا ولدت فانت طالق • ومن علق طلاق امراته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا آخر فاما
ان يكون بين الولدين ستة اشهر اولا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول
وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثمه دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب
فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وان كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان
بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان يكون اكثر من ذلك في
ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطي بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت
ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ
وقوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار
مشوف اي مجلو وهو ان تجلو المراة وجهها وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه وكذلك جميع احكام
النكاح قائم ولهذا لو قال كل امراة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان
يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تع لا تخرجوهن من بيوتهن فانه
في الطلاق الرجعي بدليل قوله تع لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت
فيكون منهيا عنها فان قيل نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها
وبينهما تناف وقوله ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي
عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته اليها
فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك
والكلام فيه واجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل
المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبيين
لعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان
عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق
فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة كان من وقت
وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك
لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمنا يعني في اوائل
الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي
يحرمه لان حل الوطي بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير
رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه
استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده

استبداده به اي بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المراة بالرجعة فهي الرجعة يوجب استبداد الزوج
بالرجعة واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان يكون
الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود
القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار
تاخر على البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك
به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية
باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة لقوله تع فان طلقها فلا تحل له على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم
قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود والعدم عندنا العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تعمل بعد واذا كان
حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تع ولا تعزموا عقدة النكاح حتى
يبلغ الكتاب اجله نهي عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلة النص باطل اجاب بقوله منع الغير في العدة لاشتباه
النسب ومعناه ان المراد بالاية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه
اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة
والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج
في العدة واجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور
وانا اقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع
فليس بلازم لجواز ان يكون ثمه مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى
تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تع فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد
بقوله فان طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية لكونه
نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى وكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج وهو مطلق حيث
لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح
واما اشتراط الدخول بها فاما باشارة الكتاب على ما ذكر المص وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تع حتى تنكح
على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح
على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امراته
في عهد رسول الله عم تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي عم
وقالت يا نبي الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وما معه مثل الهدبة فقال رسول الله
عليه السلام لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ
الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة على
الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمه ولا خلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب
وقيل هو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا لو قضى القاضي به اي بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ
والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل
يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج فكان التصغير والتعليل
عدم الشبع بالانزال ومالك يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون
الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله وتفسيره اي

المراهق فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الحلم وهو ظاهر ووطئ المولى لا يحلها اذا طلق امراته ثنتين وهى امة ايوم
فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال فى شرح الاقطع روى
ان عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت فرخص فى ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام على مغضبا كارها لما قالا
وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك او قالت المراة ذلك فالنكاح مكروه لقوله عم
لعن الله المحلل والمحلل له فان محل اشتراط التحليل فى العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك فى قلبه لم يستحق اللعن وفى تعليل قوله
وهو محل الكراهة محل الحديث لا لفساده فان طلقها يعنى الذى شرط التحليل بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول
فى نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابى يوسف انه يفسد النكاح لانه فى معنى الوقت كانه قال تزوجتك
الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم عن محمد انه يصح النكاح
لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضى
الحل للاول بعد موت الثانى فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث وذكر فى روضة
الزندويسى ان ابا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه اياها يجبره القاضى على
ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثانى برايه او بامر القاضى اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد فى غيره من
الكتب واذا طلق امراته الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج غيره ثم عادت الى الاول عادت
بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثانى الطلاق الواحد والاثنين كما يهدم الثلث يعنى انه يجعل ذلك الباقى من الملك كالذى
كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جمعا او فرادى عند ابى حنيفة وابى يوسف وهو مذهب ابن مسعود
وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر والشافعى لا يهدم ويبقى الزوج مالكا بما بقى من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى
ذلك وهو قول عمر وعلى وابى بن كعب وعمران بن حصين وابى هريرة فاخذ الشابان بقول الشاخ من الصحابة والمشايخ
من الفقهاء بقول الشابان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثانى غاية للحرمة بالنص قال الله تع فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهى بالغاية فيكون الزوج
الثانى منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست ثابتة قبل وقوع الثلث ولهما قوله عم لعن الله المحلل والمحلل
له وجه الاستدلال ان اهل الحديث اوردوه فى باب ما جاء فى الزوج الثانى فكان المراد بالمحلل الزوج الثانى وسماه
محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذى يثبت به اما ان يكون الحل السابق او حلا جديدا ولا سبيل الى الاول لكان
تحصيل الحاصل فتعين الثانى وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات
الثلث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل ان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى ان يكون ذلك فى المطلقة
ثلثا لامرين احدهما ما ذكره المص ان محله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا فى المطلقة ثلثا والثانى ان
الحل قبل ذلك ثابت فينصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهذا هو محله معنيان
احدهما ما ذكرت وليس بمحض والثانى ان محل الكراهة لا الفساد وح يندفع الامر الاول وان الحل وان كان قبل
ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضى ان يكون الزوج الثانى على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل
والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثانى واذا طلقها
ثلثا فقالت قد انقضت عدتى على ما ذكره فى الكتاب ظاهر وقوله واختلفوا فى ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة
لا تصدق فى اقل من ستين وقال ابو يوسف ومحمد يصدق فى تسعة وثلثين وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها
فى آخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة اذا كانت ثلث مرات
كانت تسعة والطهران ثلثون يوما فلذلك صدقت فى تسعة وثلثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها

قولها واما تخريج قول ابى حنيفة فيجعل كانه طلقها فى اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة
عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او بتداى
اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة واربعين وثلث حيض كل حيض
خمسة فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد واما على رواية الحسن عنه فيجعل كانه طلقها فى آخر الطهر لان التحرز
عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها
باقل المدة نظرا لها يقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج فثلث حيض كل حيض عشرة ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر
ستون يوما وقوله وسنبينها فى باب العدة قال فى النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها فى باب
العدة ولا فى غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغى
ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل فى باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعده منجزا
فى باب العدة من كتاب آخر وقوله الاول ظاهر والثانى خلاف الظاهر

باب الايلاء

قال فى النهاية ذكر فى الاسرار فى اول كتاب الطلاق منه التحريمات التى تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع
الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فبدا بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج فى وقته ثم ادنى درجة منه
فى الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجئ فكان ادنى درجة منه فى الاباحة
وهو فى اللغة عبارة عن اليمين تعالى آلى يولى ايلاء اذا حلف وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان
المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعى وهو عدم الموافقة ومحاسنها
فى ان الابانة فيها موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق والرجعى لان التدارك فيه لا يستعقب
مكروها ومنهم من يختار الايلاء ولما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعى
وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابى حنيفة او من اهل وجوب الكفارة عندهما فى منكوحة
فى مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك فعندى حرو امثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان
فى الاول ولزوم الجزاء فى الثانى ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه
شئ وعن هذا قيل المولى هو ان لا يخلو عن احد امرين وهين فاذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك
او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تع للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية
فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعى
لا تلزمه الكفارة لان الله تع قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والغفور لا تجب عليه عقوبة
قلنا وعد المغفرة فى الآخرة وذلك لا ينافى وجوب الكفارة فى الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو
مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت
منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة
وعند الشافعى لا يقع الفرقة بمضى المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفئ اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل
تبين بتفريق القاضى بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح
كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطئ فى المدة فجازاه الشرع بزوال النكاح عند مضى هذه
المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعى فوقع بائنا وهو الماثور عن عثمان وعلى والعبادلة
الثلثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين
هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بان الرفع

انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضا
واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس ظالما
عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك ولان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فالحكم الشرع بتأجيله
الى انقضاء المدة فلم يتصرف الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق القاضي وقوله فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة
اشهر او على الابد ولم يقربها فلا شك اما ان كان حلف على اربعة اشهر فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به
وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث ليرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله
فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة
المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه
قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا يرى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر
بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضاء
عدتها عاد الايلاء فان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها
فيتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة
فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره الشارح فان تزوجها ثانيا وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول
فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان
لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها
كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك
الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر وقد مر من قبل ان في باب الايمان في الطلاق
قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امراته لا يقربها ثم طلقها ثلثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد
على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج لم
يكن موليا الا عند زفر واما الكفارة عند الوطي فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر
لم يكن موليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا او هو وضع المبسوط وقال لا اقربك شهرين او
ثلثة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة اولا فلما بلغه فتوى
ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس يخالف ظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من
نسائهم تربص اربعة اشهر اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امراته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص
اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى
ابن عباس وقع في المقدرات والراي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص
لا تقييدا وتقريره والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله
ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن
قربان من آلى منها زوجها شهرا في اكثر المدة وهو ثلثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر
لا يثبت الطلاق بمضي اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها اربعة اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء
والضمير فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان راجعا الى اكثر المدة ولو قال
المصنف ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في اكثر المدة وكان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا
اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا ا

لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يزد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث
يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدء والاصل في ذلك انه اذا لم يعد
اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا اعاد
احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدء وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلثة لوجود المكث يوما واعادة
اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين الاولين اربعة
الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين
ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصار الاجلين متداخلا كما لو قال لا اكلم فلانا يوما ولا يومين لان
اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد ولان الوقت الواحد يصلح وقتا
لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهي الايمان
كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امراته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير
موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يعد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا ولو قال والله لا اقربك
سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول بصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع
ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس بصادق على من نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم
منكر فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين
وكان تغيير الكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر
لتصحيحه اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا تصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء
ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل
بمن له اربع نسوة وقال والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر مع ان له ان يطأ
كل واحدة منهن الى ان ياتي على الثلث من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف عليه قبل ان ياتي بالكل كما لو حلف
لا يدخل عليه الا دور الاربع له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة بنفي القربان
موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه لما صار موليا مع امكان القربان على
الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحد منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه
الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الآخر
فقط بل بقربانهن جميعا واما الوقوع في الايلاء فباعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا ان بمضي المدة كذا في النهاية
ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ من اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج او صوم
او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لان الاصل
عدم ما يحدث فلا يمنع المانعية فيه اي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه
لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين
قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله وان
آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء
ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب
عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الايمة الكردري بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة
الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المراة من نسائه فكان الحكم المرتب عليه

نسا الازواج بقوله للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها
لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون فلا ينقلب
بعد ذلك صحيحا وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين تعتمد تصور الفعل المحلوف
عليه حسا ولا تعتمد حله وحرمته الا يرى انه لو قال والله لا يشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان
الفعل حراما محضا ومدة ايلاء الامة شهران وقال ش في مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع
حقها في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كالعدة وقوله
وان كان المولى مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدار ان يستطيع فيه ان يجامعها
ثم مرض بعد ذلك وفيه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر لو المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في اول الوقت لم يتوضأ
به حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفائه حقها
في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء
عندنا وقال ش في لا في الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفئ يستلزم حكمين
وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفئ باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر ولنا انه اذا لم يذكر المنع
لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه وانما قصده الايحاش
باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة تجب الجناية فلا يجازي بها بالطلاق
ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفئ باللسان فان قيل اذا كان المولى
مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة
شمس الائمة الكردري وقد ذكره شمس الائمة السرخسي في اول المبسوط والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة وفيه
بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالخلف ولقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا انفا انه اذا لم
يذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة
الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق في الجماع والاصل في
الفيء الجماع ولكن في اطلاق الحلف بعض تسامح على ذلك فتأمل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته
لانه يحتمل وجوها لا تمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون
ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وقيل
لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى
شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه
يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كما نذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين
فهي واحدة بائنة وان نوى الثلث فثلث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار ونقل شمس الائمة السرخسي عن النوادر لمحمد ان الظهار
تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا
والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا
فهو يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل
في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تع يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا

لم يرد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة
في الايلاء تثبت في الحال ما لم تمض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا اريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والايلاء لا
يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتعينها وسيجيء الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تع ومن مشايخنا من
يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية قال ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه ابو الليث وبه
نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء مجردة عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة
من جانب المرأة والثاني ان مبنى الايلاء النشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع
بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح
بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول ابي حنيفة
ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي جانب
وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تع فلا جناح
عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سماه الله تع ما اعطته فداء من فداه من الاسر
اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع
طلاق بائن ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى
رسول الله عم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع الواقع
بالكناية بائن فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجيب بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن
النية ههنا وقد فصل بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس وعن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض تعين
الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة قوله وان كان النشوز
من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز من الزوجين
وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تع وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم
احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ
ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بالتاكيد في قوله اتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى
بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه
لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله عم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار
المص وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له ان يأخذ
منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما رويناه بدءا اي اولا يعني قوله تع فلا جناح
عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية
كتاب الطلاق في الاصل قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة
بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله عم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق و
لكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال عم اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من الحديث فكان
قوله اما الزيادة فلا ينفي اباحة اخذ الفضل على ما نذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذا
اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا من قوله تع فيما جناح عليهما فيما افتدت شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة
في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة بهذا فسر الشارحون كلام المص وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز

دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فينتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة
ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد تنزل يعني كما قلنا في حق الاباحة للمعارض وهو قوله عم
اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث
من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث
خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منه وهو غير ناشز اولى ان
لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا اخذ وهو ثابتة قوله تع وان اردتم استبدال
زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان
الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف
درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل
اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلا لانه مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول
واما اهلية المراة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن
مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا
لما بينا انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانها معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع • اذا خالع المسلم امراته او خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان
العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق
رجعي اما الاكتفاء في وقوع الطلاق فلانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض
كان في الاول لفظ الخلع وهو كناية عما تقدم والواقع بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني
الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى
لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر
الذي اخذته عند ابي حنيفة وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت
ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبينما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث
يكون الكتابة فاسدة وان ادى اما عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب
قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما تعذر تسليم
البدل لعدم تقومه لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة واما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر بعيد هذا بقوله والفقه
فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما ما لم يرض
بزواله بلا بدل ولما لم يصح فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما
عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على
خمر تلويح الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا يجب القيمة وقوله وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين
الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امراة
بمهر مثلها كان من جميع المال والنفقة ما ذكره وهو واضح قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع • كل ما جاز ان يكون
مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث
بعده ولو تزوج امراة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضة
ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك يكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب

النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر واما الخلع واحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة
والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد
وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على
ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وان قالت
خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا
وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كان
القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه
وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان
او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تع
فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من الدراهم
وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض
كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا
من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقوله الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل
الجمع ولم يكن ثمة معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفي به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا
المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامه خالعني على دراهم يلزمها ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود
بالاشارة اليها فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسليمه اليه والا
فلا شيء عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة تقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط
البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل
بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا
اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما ينافيه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء
وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب
تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا
اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم
من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط
البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة على عبد آبق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ واذا قالت
طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي
ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المراة معاوضة وكلمة على
بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض
ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط مجازا قال الله تع يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله
ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وتجوز المجاز ما ذكره المص انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة
بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط
غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز لكم اذ ليس احد المجازين اولى من الآخر
فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه ملحق

للطلاق فجاز ان يقبله تبعاً للمتبوع وان لم يقبله مستقلاً وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء
بالذات فكان جعله للشرط مجازاً اقرب الى حقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول قوله على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء
تصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقاً مبتدءاً غير مبني على سؤال فوقع وله الرجعة قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثاً الخ ظاهر ولو قال لها
انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن
المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها
قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس قوله لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظراً الى الباء ومعنى قوله على الف يكون على
شرط الف لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق
بالشرط لا ينزل قبل وجوده تحتاج الى ان يضم اليه وجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق
ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائناً لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله عم تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله
ولانها لا تسلم الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وكذا
لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم لم يقبل وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق
والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في الموضعين احدهما ان المراة او العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجاناً عند ابي حنيفة
ولا يعتق بقبولهما وعندهما يجب على المراة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا
وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قوله بدرهم والخلع معاوضة
فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو
للحال كانه قال انت طالق في حال وجوب عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة ان قوله
وعليك الف جملة تامة من مبتدء وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان
الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي
دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلاً ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت
الطلاق او لم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع
وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرف يعني ايجاب الزوج وقبول المراة لا يحتمل
الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا تقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المراة شرط
تمام اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المراة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة ان الخلع من جانبها بمنزلة البيع
الا يرى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لا
يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين انه لا يقبل الفسخ اجيب
بان كونه شرط يمين لا يمنع ان يكون تمليكاً في نفسه كمن قال لآخر بعت منك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر انه معلق بالمعاوضة
ولم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطاً لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطاً لان كونه
شرطاً قائم بهذا الوصف وسوانه تملك مال وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا خيره
في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول
قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق للطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على تأويل
الحلف والمذكور لا يكون اقراراً بوجود لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا لا يملك الرجوع

قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكار القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع **فصل** والمباراة كالخلع المباراة
بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المباراة و
الخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان المختلعة
والمباراة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما
سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة فلو كان مهرها الفاً فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها
ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن
للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت
المراة مدخولاً بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض
فالمراة لا تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافاً لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول بها
والمهر مقبوض فان الزوج ياخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة وان لم
يكن المهر مقبوضاً ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي حنيفة خلافاً لهما واما اذا بارأها على مال
معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف الجواب فيه كالجواب في
الخلع عند ابي حنيفة لمحمد ان هذه اي كل واحد من الخلع والمباراة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان
لاحدهما دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح
ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر
وانه اي لفظ البراءة على ما قيل او على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت
البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك الوصلة
كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع
فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل
ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة
وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح كالمباراة فيعمل بالاطلاق كما في المباراة بالنكاح واحكامه وحقوقه قوله بكمال الفصل
ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئاً فشيئاً ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية
الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم
ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امراة بمهر المثل صح لان
البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر
واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية يقع
وفي اخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال
والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع
امراته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة لزوجها خالعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختار المص وقال
والاول اصح لانه معلق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار او غيره وفي
ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة
ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى وان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من
كل احد فان خالعها على الف على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اي على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال

على نفي الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في
مال الصغيرة بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف
من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغيرة فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل
فان التصرف في مال الصغيرة انما يؤثر الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل
الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع
الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المراة في عدم دخول شيء يقابل البدل
في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت
تحصل للعبد حرية وهي التي هي حيوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا تحصل للمراة الحرية
عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها
فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق وقوله ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه
ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان شرط الالف عليها يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت
من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
وان قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير
مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفي نسخة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك
مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر بوجود الشرط
وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين ما ذكرناه آنفا وان ضمن الاب المهر اي التزم بمعنى اذا
خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على انه وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا لان وضع
المسئلة فيما اذا كانت غير مدخولة وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح
في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكانه خالعها على خمسمائة صريحا وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان واعلم
ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها اولا فان كانت فلها على الزوج
جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق
قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس وفي الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود
سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المراة عليه فهو يرجع به
على الضامن وهو الاب هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع
الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف
وهو مهرها ولم يقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول
وقد التزمت المراة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط
نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج
سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المراة الالف
وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع
وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تع سبع بقرات
سمان كذا في النهاية وقال هكذا افاد شيخي مرارا
قد تقدم وجه ترتيب الحرمات

الحرمات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب
اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحة يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة
الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل
التأبيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة والمصنف قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامراته انت علي كظهر
فلانة وهي ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب
الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمراة
من نسائنا وركنه قوله لانه انت علي كظهر امي او ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطي والدواعي مع بقاء اصل الملك الى
غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى
يكفر عن ظهاره لقوله تع والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار
كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى التحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك
ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امراته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من
امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه
دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي
كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله
ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المراة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول الله
فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك قد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله ما كان
يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال نزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تع قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي
الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال لها مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو
شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق وانا اعينه بعرق ايضا
قال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها
عقيب الظهار وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيان ان الظهار جناية لكونه منكرا من
القول وزورا قال الله تع وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب
المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه لئلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي لا يحرم الدواعي لان
التحريم عرف بقوله تع من قبل ان يتماسا والتماس في القران كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس
باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسياتي في كتاب الكراهية فان قيل لاكثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم يعكس
الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها
ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع او بفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب
الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطي
حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله ظاهرت من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال عم استغفر
ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي
كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انو به شيئا يكون ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ
فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان

الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالمحرمة تابيدا لا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه
يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله
وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها ظاهر وان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها
عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المراة كتشبيه ذات المراة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت
في ذلك الجزء ثم يسري الى سائر البدن كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك
وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة وحده وعن ابي يوسف
روايتان احديهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه
قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ
انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث
الكرامة فيحمل عليه الا ان يتبين خلافه بالنية والغرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها
اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة
بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار
لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها
وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين بحسب
لانه لا يصح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار
والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه تختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى
طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى
طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحهما للجامع الصغير لان التحريم يحتمل ونية المحتمل صحيحة
غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح
بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امراة معروفة بهذا الاسم وقال لي امراة اخرى
واياها عنيت وقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاق ان وقع بقوله انت
علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام
قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا
رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار
فيصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الائمة ولابي حنيفة ان قوله انت علي كظهر امي صريح
في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل
تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته
لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة قد حرمت عليه برضاع او مصاهرة
لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في
المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار بقاء فيجب ان تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امراة وهي امة للغير ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار
وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح واجيب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار
بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى الى ان يوجد الكفارة
فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر فان تزوج امراة بغير امرها ثم

ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار
وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب
سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة كتوقف اعتاق المشتري من
الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم
من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع
لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق
الملك لكونه منهيا للملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف
الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقهن جميعا وان قرب الكل قبل مضي
المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لما ذكر حكم الظهار وهو
حرمة الوطء ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف
العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور
ليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول
فضم الى ذلك العود عما قاله لكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم ابانها او ماتت
لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان يطاها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود
حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان
هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع
الفعل حلالا الا بعد انتهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل
النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة
الا يرى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان
الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض
عن النقض بوجهين احدهما انه لم يسمع عن ائمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال ارق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا
واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب
ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني وقوله والشافعي يخالفنا
اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول
المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى
وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن العتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم مقارفة المعصية اي
بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارفة المعصية تحال به الى سوء اختياره
لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه
مواساة عباد الله تعالى لكن قوله عم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم عن المصرف فقط ولا يجوز العمياء اي لا يجوز
اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه اعتق
رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز
فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة مجامعتها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز
وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة



فانه لايقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لايجوز ايضا وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين
او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لايقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة
مانعا لان الشخص يصير فى ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله لان قوة البطش
بهما يفيد ان ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذى يجن ويفيق يجزيه يعنى اذا اعتقه
فى حال افاقته ولايجزئ عتق المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا فانه اذا ثبت فيه شئ من القوة
الحكمية زال فى مقابلته شئ من الضعف الحكمى وقوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند
الشافعى جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا لايقبل الكتابة الانفساخ وقوله عم المكاتب
عبد ما بقى عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى عم وقوله والكتابة لاتنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب
رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشئ لايزول الا بما ينافيه والكتابة لاتنافى الرق فانه اى عقد الكتابة او ذكره باعتبار الحجر
فك الحجر اذا لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لاينافى ملك الرقبة كالاذن فى التجارة فان قيل
لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما فى غير المأذون اجاب بقوله الا انه اى عقد الكتابة فك الحجر
بعوض فكان لازما من جانبه اى جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعنى لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن
الاعتاق كفارة لكنه اذا اعتقه عن الكفارة تنفسخ قبل الاعتاق مقتضى الاعتاق اذ هو اى عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح الفسخ
تكفيرا والفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق سلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون لجهة التكفير وله اكساب
اجاب بقوله الا انه يسلم له اى للمكاتب الاولاد والاكساب لان العتق فى حق المحل يعنى المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك
لايخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لايصح الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة
والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف لا فى ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق
للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين او لان الفسخ يثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر فى حق الاولاد
والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه واضح وقوله بخلاف ما اذا كان العتق معسرا يعنى انه لايجوز عن الكفارة بالاتفاق
فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا يدا بناء على ان الاعتاق عندهما لايتجزى
اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابى حنيفة ان نصيب
صاحبه ينقص عن ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقى منه فكان فى المعنى اعتاق عبد الا شيئا فلا يقع عن الكفارة
فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بطريق الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق
فكان النقصان فى ملكه لا فى ملك شريكه فمثله لايمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه اجيب بان الملك فى المضمون يثبت بصفة
الاستناد فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما على ما عرف فى كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت
الملك فى حقها مستندا ويلزم منه النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلام
ولامحظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق
النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق ما بقى منه غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان
لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان يمكن على ملك الشريك
بحيث لايمكن ان يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقى مصروفا الى الكفارة الكل له فى ذلك النصف فبطل قدر
النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الآخر واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار فى الحاصل
كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اى جعلها عتاقا بكلامين على اصل ابى حنيفة فى تجزى الاعتاق واما
فالاعتاق لايتجزى فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسئلة التى تليها وهى ظاهرة

ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان اى اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد
المسيس فينبغى ان لايجوز عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى فصار اعتاق نصف
العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لايعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك ❀ واذا لم يجد المظاهر ما يعتق
اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان
صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان ادخل فى صيامه شهر رمضان او يوم النحر او ايام التشريق
لما ذكره فى الكتاب وهو واضح فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابى حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لايستانف وانما قيد بالتى ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار
عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا او بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع
فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستانف بالاتفاق
واما ذكر العمد فيه فى الليل فوقع اتفاقا لان العمد والنسيان فى الوطئ بالليل سواء فعرف ان الاختلاف فى وطئ لايفسد الصوم
لابى يوسف ان هذا وطئ لايفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اى التتابع هو الشرط فى كون الصوم
كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا فيما ذهبنا
اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعنى الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما ان الشرط فى
الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه النص
يقتضى شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثانى من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس
يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اى الشرط الثانى وهو الخلو عنه ينعدم به اى بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف
لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثانى
ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير للاول بطريق العطف لان اتيانه قبل المسيس يلزم خلوه عنه بالضرورة وتخلل
الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود
الى الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الخ والجواب عن قوله
انه لايفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى
قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استانف لفوات التتابع
وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المراة فى كفارة القتل والافطار بعذر الحيض فانها لاتستانف
لانها معذورة عادة لاتجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق
فى آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك
اى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا
مما قدره الشرع وان كان اكثر من الاجزاء ومثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف
صاع من حنطة لايجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع من حنطة لايجوز وكذا لو ادى اقل من نصف
صاع حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لايجوز والاصل ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لايكون بدلا عن
جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه واما الاعتبار له فى غيره وهو
حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهى المجادلة التى نزلت فيها
آية الظهار وقد تقدم واما سهيل بن صخر فقد قيل نظر لان المذكور فى كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط

وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المص موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر
وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار لكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا امنانا من حنطة
منا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار حتى لو لم يوجد الاطعام المعتاد للستين
واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله لحصول المقصود
اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا
اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم يجزه لما ان المقصود
بالكسوة غير المقصود بالطعام الا يرى ان الاباحة في احدهما يجوز دون الآخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان
كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانه انما
لا يجوز لان نصف رقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر
وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان التغدية وحدها لا يجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان
اما الغدا والعشا واما غداآن او عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغدا والعشا وفي المجرد عن ابي حنيفة
اذا غدا ستين وعشا ستين آخرين لا يجوز وقوله قليلا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم
شبعان اختلف المشائخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد اطعام العدد المعين وقد اشبعوا ومنهم من قال
لا يجوز لان الماخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز
في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا تنوب
منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك
اي التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على
المنصوص عليه لانه اذا ملكه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فكذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه اما الواجب في
الزكوة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكوة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عم ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو
كان فيمن عشاهم صبي فطيم ظاهر وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع الى المسكين الواحد في يوم واحد
ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشائخ فيه
فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة
له الى سد الخلة بصرف وظيفة الاخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم و
لا يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك
كثيرة تتجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا
استوفى حاجته منه في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة ولان
التفريق واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات
السبع دفعة واحدة وقوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني
لتوهم القدرة على الاعتاق ولا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة قال واذا
اطعم عن ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما بالاتفاق لان
بالمؤدي وفا بهما اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفا بهما لا محالة والمصروف
اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب

السبب يعني اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة
والغرض عدمها فلغت النية واذا لغت والمؤدي يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة
فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر
وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو
اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا احل وطئ الذي عينها واجيب عن
الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين
قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا ان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة
وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا
كل واحد صاعا وقوله ومن وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب الاستحسان والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الآخر من يده وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين
يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس
واحد والنية في الجنس الواحد غير مفيدة فبقي نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه
قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الآخر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد
لغو وقيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز
وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت
معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله
واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف
الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن
كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المص لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية
فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية
التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التمييز
فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة فلا يصير صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء
ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب
والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى آخره

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد
يقال لاعنه فلاعنه ولاعنا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم
وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية
وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يلاعن وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين و
حكمه حرمة الوطي والاستمتاع كما فرغ من اللعان قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها
ولهذا لا يجري بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد
مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل يجري بين الاعميين والفاسقين
وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه
لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهما جاز كذا في شرح الطحاوي

والجامع الصغير لقاضي خان وعن الشيخ بانه لما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم يكن كذلك
لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه فانه
يحد حد القذف عن ايجاب حكم قوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية ولما روي عن ابن مسعود قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايتم الرجل
يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه عم قال لهلال بن
امية حين قذف امراته بشريك ابن سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك فثبت ان موجب القذف في الزوجة
كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات موكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة
فيما نحن فيه الا بكلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تاكيدا وهو قائم في
حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن ايضا كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن
وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعساهن يجترين به على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه
على قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة
بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر وفي الاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر
عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف لجرى مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف
اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد
القذف لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امراته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان
يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل
باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض
والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه
لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد وهو المقصود ويحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي
اللعان ايمان موكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان قال اذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل
ان اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان
يكون المراة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها
كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمراة فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطي بشبهة
لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي لا يصير نافي
الولد قاذفا لها ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطي بشبهة كما لو قال الاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير
قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم
ان الولد ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها ولا يتبين ولكن لا يعلم انه زنا او وطي عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد
وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كسائر
الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى
ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان اي

علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امراته بالزنا واما اذا
كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في اتهام تزنين ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها تغيير على
زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب من الناس من قال اراد به
الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه
غير قادر على ايفائه فلا يحبس فلو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وقوله
الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كانه استشعر ان
يقال المتلو من النص لا يدل على البداية فقال الا انه يبتدئ وقوله فان امتنعت ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين
فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من
جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف والثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية فانه
كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله وان كان هو من
اهل الشهادة ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله عم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة
تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرح مختصر
الطحاوي باسناده عن عبد الرحمن الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عم قيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته
وفقهه وضبطه مقتدى ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة
فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة في القذف درءا للحد اجيب بان المانع عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي
لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر
المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم
اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض
بما لو قذف عبد امراته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى مقود ما ذكرتم لم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة
فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف يوجبه واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له
شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد وليس كذلك المحدود في قذف قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي الخ صفة
اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما بعد الفراغ
من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني عم المتلاعنان
لا يجتمعان ابدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان ووجه الاستدلال ان بثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا
امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان
اولى فتامل وقوله قول ذلك الملاعن يريد عويمر العجلاني فانه قال عند النبي عم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها فهي
طالق ثلثا ولم ينكر عليه النبي عم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله عم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل
لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث حتى اذا فرق الحاكم يكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان
فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما معناه متى ذلك وقال ابو يوسف
هو اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما
ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود
خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين اما حقيقة لانهما يكونان متلاعنين بما شرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقاء

حكمه ولم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الخ وهو ظاهر وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد حيث كان القذف بنفيه فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة ثانية بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلث فانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله ع م وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمراة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان فكيف كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك انى تبقى محلا للتزوج اجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة ان تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد

واذا قذف امراته وهي صغيرة اذا قذف الرجل امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانها لان من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشروط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر وقوله وقد قذفها حاملا لما روي انه ع م قال ان جاءت به اصيهب اريصح حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال ع م لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان قيل بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها فلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال محمول على انه ع م عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه ع م قال ان جاءت به كذا كان ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي وقوله واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحال التي تقبل التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وقوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا ولابي حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتامل فلا يقع في نفي الولد مجازفا واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة متعينة كما يرى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لان في هذه المدة تستعد للعقيقة وانما يكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالراي لا يجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيفة انه مقدر بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند ابي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالعفة سابق على القذف جواب سوال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا فكذلك هذا والله اعلم

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان يقوم الته او لم يقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

واذا كان الزوج عنينا واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المراة ذلك هو قول عمر وعلي وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه والشافعي واصحابه واحمد واصحابه ومالك واصحابه ولان حقها ثابت في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لغلبة رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام او قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق كما تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها وهو لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالرجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطي واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المراة قد سلمت المبدل مع وجود الآفة

فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي حيث قالا اذا نهم اذا جاء البحر من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطاً
استحساناً لما بينا يعني في باب المهر اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه
لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعياً للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهداً له
والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنىً وان كان مدعياً صورة ثم
ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكراً نظرت النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة
وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن لتكون حجة فان
حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج
فان دخلت بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة وتصب
في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر كذا وان كان مجبوباً فرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف
الزوج حاصله ان الارائة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد الاجل للتخيير وان نكل خيرت لتايدها بالنكول
اي لتايد دعوى المراة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كانت ثيباً في الاصل فالقول
قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا ان اقامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئاً
بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امراته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتوفيق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحاً
او دلالة بتاخير الاختيار اي ان قامت واقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج
بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر وفي التاجيل تعتبر السنة • وفي التاجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو
ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وخمسون يوماً وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تعتبر السنة الشمسية وثلثمائة وخمسة وستون يوماً
وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة
في مدة التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التاجيل وذلك لان الصحابة قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام
الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنهما ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى
ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضاً
لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك
الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر محسوب عليه
وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر
يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار
للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امراة
رتقاء ولا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في
المغرب هو اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع سلوك الذكر في الفرج وامراة قرناء بها ذلك فقال لانها يعني العيوب
الخمسة تمنع الاستيفاء حساً او طبعاً اما حساً ففي الرتق والقرن واما طبعاً ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة
تنفر عن جماع هؤلاء وربما تسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال عم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت
الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى وقيل ضعف لان النكاح
موقت بحجوتها وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد الا ترى
انه لو لم يشوف بتخر او ذفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص و[illegible]

والجنون فظاهر واما في الباقيين فبالشق والفتق وقوله عم فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي
عن رسول الله عم تزوج امراة فوجد على كشحها بياضاً فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عم قال لها الحقي باهلك
وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن
مسعود واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار
لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعاً للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه
بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما
يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان المقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ لان شرعية النكاح لاجل الوطئ
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المقصود الوطئ فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات
ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود
المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الوصفين وفي ذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له
النكاح بالوطئ وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلثة والله اعلم

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها الذكر ووجه التعبير
في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة احصاء المراة وفي الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال الملك
المتعة متاكداً بالدخول او الخلوة او الموت وسواء هذا الزوال بسببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات
ثابتة الى اجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المراة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه
واذا طلق الرجل امراته بائناً او رجعياً اذا طلق الرجل امراة بائناً او رجعياً ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعياً يغني عنه
اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك
احد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تع والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلثة قروء وفي عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت
للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الجارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق
والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن
السكيت ولا يمكن ان يتناولهما جملة للاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين او حقيقة ومجاز
على ما عرف في الاصول ولا بعد في ان يكون تعرض المص لكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد
للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيهما وهذا ايضاً مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان
احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض
لا على الطهر لما ان الطلاق يوضع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون مدة عدتها قرئين
وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تع ثلثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا
ايضاً مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلثاً والثاني ان الحيض
معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حائل او حامل
وسواء التعرف هو المقصود والثالث قوله عم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر
الى الحيض فيلتحق بياناً به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بياناً وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة
اشهر لقوله تع واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمس عشرة سنة
بآخر الآية وهو قوله تع واللائي لم يحضن عطفاً للائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما جزاء واحداً وفي هذا دلالة ظاهرة على [illegible] [illegible]

ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تع فلم تجدوا ماء فتيمموا
وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله فان كانت امة طاهر
وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تع والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة
اشهر وعشرا انسخ قوله تع وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى
رسول الله عم تستاذنه في الاكتحال فقال عم كان احدكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها
حولا ثم خرجت فرمت كلبها ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط الاستدلال بمن يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى
وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غيره
ان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو
مذهب عمر وابن مسعود وكان علي يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد
لان قوله تع واولات الاحمال اجلهن الاية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد
باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى
يعني سورة يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تع واولات الاحمال
متاخر عن قوله تع يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عم لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت
عدتها وحل لها ان تتزوج [قال] واذا ورثت المطلقة في المرض • عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او
ثلثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر وعشر فيها ثلث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت
في العدة ما لم تحض ثلث حيض قبل تمام اربعة اشهر لا تنقضي عدتها حتى يتم العدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ثلث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان
الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة تجب
بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث
يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما
انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه انا انما اعطينا لها الميراث باعتبار
ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام
السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم
العدة اولى وسببه وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما
استدل به ابو يوسف فقال الا يرى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة
بالاجماع لان زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد
بابعد الاجلين فلا ينهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعندهما على ذلك بما ذكر في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا
الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت
الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق
فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة في عدتها طاهر واعترض بان العدة
حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا يتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد
من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول
بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق وقوله وان كانت امة طاهر

طاهر وقوله واذا رات على العادة يعني ان رات دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رات دما سائلا كما كانت تراه
في زمان حيضها فهو حيض وان رات بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذاك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق بحكم الحيض وقوله لا
عودها يبطل الاياس هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها
اما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرات الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وقوله
تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع
والسجود يومي في ذلك بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح
اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست ببدل عن الصلوة بالوضوء وكذلك الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة
بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان
احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما [قال] والمنكوحة
نكاحا فاسدا • المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند ابي حنيفة
والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتها
للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطي بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك
بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة واحدة او شهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها
انما كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد
والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل
دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح
والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار
مدة العدة احتياطا واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة وهو مروي عن ابن
عمر قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكان كالاستبراء ولهذا لا تختلف بالحيوة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش
لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش
ولا مناسبة بينهما واما ما نقله عن عمر فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود وان كانت ممن لا تحيض فعدتها
ثلثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امراته طاهر وقوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت لستة
اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان تاتي لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام
الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية ولهما قوله تع واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل
معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف
عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين
الاولى بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض
هو المعرف على ما مر ونظر لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او الى عدة الوفاة مطلقا ولا سبيل
الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل فلا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم
في غير الحامل ان لا يكون فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان
عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة
والدليل اذا كان اعم من المدلول كان اتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس

العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ
رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح باية التربص فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت
مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الحمل بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم
تكن المراة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب
بقوله ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا لحكم
شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفي امراة
الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات فكان ابتداء عدتها بالاشهر
لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له
فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء كقوله عم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام
الماء في موضع التصور وقوله واذا طلق الرجل امراة ظاهر [قال رحمه الله] واذا وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المراة عدتان فاما ان
تكونا من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت
انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تداخلتا وان كان الاول كانا من جنسين كالمتوفى عنها
زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجئ او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلتا
عندنا ويكون ما تراه المراة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية
وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رات المراة حيضة تجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان
تنوب عن اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن رات شيئا فليس عليها الا
ثلث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن
التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء
الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف
بالعدة الواحدة فتتداخلان وقوله ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة
في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال لا تخرجوهن الآية موجب النهي التحريم
واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات يجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر في من حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام
له بصومه وكونه خمرا ويمينه بخلاف الصوم فان ركنها الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساكان في يوم واحد
واستوضح المص تبعية العبادة بقوله الا يرى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق
اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والآئسة لعدم الشغل بهما ولا على
المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذا الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نسلم
جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان
الصبية التي تحتمل الوطئ او الآئسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة تكتفي في ايجابها بتوهم الشغل
وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيهما الى التعرف قائمة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان
ماء الاول محترم في نفسه كما الثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلث حيض في حصول
المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة
اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المص لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان
السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة

عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلث حيض للآخر ويحتسب
بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا [قال رحمه الله] وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة في الطلاق عقيب
الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب
فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امراته زمانا ثم قال لها
كنت طلقتك منذ كذا والمراة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريد علماء بخارا وسمرقند
يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان تواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح
اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ او تواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال في الذخيرة
اختيار مشايخ بلخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها
زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب
التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطي على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار
بذلك بان يقول تركت وطئها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطئ هو
السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطاها لم تجب عليها العدة ولنا ان كل وطئ وجد في العقد وتقريره ان القول
بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة
وطئة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة تترتب
عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضنا آخر الوطئات آخرا وتحرير هذه
النكتة ان العدة لا تثبت باخر وطئة لا توجد الا بالتفريق والعزم والعدة لا تثبت الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت
الا باخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله
ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان حقيقة الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه
الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة
الوطئ واذا اقيم مقامها فمهما كان التمكن باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطئة وطئت فلا بد من المتاركة
او العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطئات فان قلت لا نم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي
للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت وقد اشار الى الجواب بقوله وهو الحاجة الى معرفة الحكم
في حق غيره اي غير الواطي وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع سواها ولا خفا في [illegible]
كلام المص في الكتابين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خطر بالبال عنده وجهد المقل دموعه وقوله
واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي ظاهر وقوله فيحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر
المودع ذلك فالقول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين [قال رحمه الله] واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا
قال في النهاية من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول
في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني او لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب
ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف
العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق
الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم
فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث
حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه

لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا يرى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين
فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة
فانما يجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي والحال
انه بقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض
الذي كان بالدخول مناب القبض اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح
الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول
لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق
بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول
في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري
المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق وقوله فرع على ما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة
الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية
الينا مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس
بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والاخر على
حربيته ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المص بقوله مسلمة بيانا لا احترازا
حالا تماما فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فلا اختلاف فيها الاختلاف في
نكاح محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح يعني
في باب اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب اخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب
التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تع ولا جناح عليكم
ان تنكحوهن نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله
ولان العدة حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة
لما محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله الا ان تكون حاملا
يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له الا ان تكون امراة حاملا
لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا يرى ان ام الولد اذا كانت
حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها
يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل ان يقول قوله تع ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل
بين الحامل والحائل وتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله عم من كان
يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها
مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطاها كالحبلى من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح
المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له
لما ذكر نفس وجوب العدة
وكيفية الوجوب وعلى من يجب وعلى من لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب بت
طلاق المراة وابته والمبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع
على ثلث وهي المختلعة والمطلقة ثلثا والمطلقة تطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة

بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفات زوجها واصل الحد المنع يقال حدت المراة احدادا فهي محد منعت
نفسها وحدت تحد حدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة
ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها
لكون الاستثناء من التحريم احلالا وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله عم لا يحل نفي لاحلال الا
نفي الاحداد نفسه فح كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقرير الحديث لا تحد المراة على ميت فوق ثلثة ايام الا
المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا ح اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان
اخبار الشارع اكد من الامر وهذا انسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم
قال الله تع لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتيكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب بان المراد
بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح بهذا روي عن ابن مسعود واما وجوب الاحداد
على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على زوج وفى بعهدها الى غاية وهذا قد اوحشها
بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا طيب رواه
ام سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى حماد عن ابرهيم
النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا
يخرجن من بيوتهن وابرهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز
ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد على
المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة الله هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة
اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها
كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها افتدت نفسها بمالها
لطلب الخلاص منه فكيف تتاسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح
مما يوجب التاسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من الناقصات العقل والدين لا يقال لو كان
الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات
والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة
عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد
تعريف للحداد فكان موضعه اول الكلام واتى بلفظ الجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجيز
اشارة الى ان العذر هو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان
احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة فيها لان المراة اذا كانت متزينة متطيبة
يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة اي
وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي عم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة
انها قالت جاءت امراة الى رسول الله عم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال عم
لا مرتين او ثلثا وقوله المراد الدهن المطيب ينبغي ان يكون مراده بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله وهذا
اشارة الى قوله عم الحنا طيب ولا احداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس
الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع
لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار

الى ذلك قوله عم لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثنا هو كالامثلة وسوظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النسا قال الله تع قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المص ان وجوب الحداد لاظهار التاسف وكون هذه الاشيا دواعي الرغبة فيهما فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الاول الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة واري ان قوله والاباحة الاصل اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تع ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تع ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيا تدل على شي آخر وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطيا لانه مما يسر ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثنا يتعلق بلا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او يغار فيه على نفسها او مالها او تخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكرا او كان زوجها غايبا ولا يقدر على الاجرة و المتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تع واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا تخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج وقال ابرهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا وتخرجن لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس هي نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على احما زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واضح وقوله وقال النبي عم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت ملك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله عم استاذنت ان تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله عم فلما خرجت دعاها عم فقال لها اعيدي المسئلة فاعادت فقال لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي على ان الخروج ببعض النهار لقضا حوائجها فانه عم لم ينكر عليها خروجها للاستفتا وقوله والاولى ان لا تخرج هو وتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح وترك الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها فاذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لا استبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها تتنوع المسئلة على وجوه لانه لا تخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سوا كان بينها وبين مقصدها ثلثة ايام اودونها اما اذا كان ثلثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلثة ايام او اقل فان كانت ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سوا كان معها ولي او لم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج

الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طريقها مفازة معطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها وهذه في المفازة كذلك وقال المص الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا سايرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المص في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر استثنا من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان يعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذي الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة لغوي هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لا يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذي الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفا المانع وسوا ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكر في الكتاب وهو واضح

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقرا والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح و المشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطي والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق بدون ذلك لا يثبت النسب الا يرى ان نسب ولد جاءت به امراة الصبي لا يثبت لذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه ان كان على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم نتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس لها مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطي ههنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فيثبت به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد وبالفعل فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح

قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير مراجعا لان الدليل على كون الوطئ قبل الطلاق اذ الولد لا يبقى في بطن امه اكثر
من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز
انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها
لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف اجيب بانه نعم كذلك الا ان الحكم بابقاء نكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم
بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال
والصواب في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم
وارادة الولد ضائعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او بما في معناه **قال** والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت
المبتوتة اقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت الفرقة فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق
فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد اكثر
مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه
يثبت منه وان جاءت به اكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله لانه التزمه اي التزم النسب
عند دعواه وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى
سنتين لانها معتدة يحتمل ان يكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام
في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان يكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع
الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة بثلثة اشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت
نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلثة اشهر ثم جاءت
بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كانها لم تقر بانقضائها
فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم
بزواله بالاحتمال فمضيها يحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل
الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي
واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل
ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما
فيه لم يكن كذلك والجواب سياتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا
رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد يعني اذا ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا
وعند ابي يوسف يثبت النسب الى تسعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم ياتي به لاكثر
مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعترفت
بام عدتها فيحكم باقرارها بلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين
شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى
حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضاء الحكم على الاصل ولكن الاصل في الوصفين قد اختلف فكذلك
اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر
والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا
عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا للاحبال وقوله وفيه اي في البلوغ شك والصغر

كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك فاذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة بانقضائها حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني كانت من طلاق
رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضي خان ان الآيسة اذا اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد
لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة غير الآيسة هذا مخالف بما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره
في شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا اقرت بانقضاء العدة معتبرا بثلثة اشهر او طلقها في مدة تصلح لثلثة اقراء ثم ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا **قال** واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة عن
طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكره الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان
يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة
لان الفراش وهو تعين المرأة للزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة وهو اي قيام الفراش
ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته فانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور
الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا
ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة
فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة
الرجال واجيب بان النظر لا يلزم اذا دخلت بيتا من الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى اداء
الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا صدقتها اي اقر جميع الورثة او جماعة منهم تقطع الحكم بشهادة
كرجلين او رجل وامراتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب
بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط
لفظ الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط
كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله واذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف
جواب عما يقال ههنا انما يجب نفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان
اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني
قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجوده فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف
اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول
قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المرأة تسند العلوق
الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث
ان تضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان تستبق
النكاح وهي تنكره فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض ظاهران فيترجح المثبت
على ان الظاهر حالها تايد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج
بهذا الكلام اولا ينبغي ان لا تحرم لان هذا اقرار منه تزوجها وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود واجيب
بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني
انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله
ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله اذا قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق

بجوازه

ظاهر وقوله فيما يبتنى عليها وهو الطلاق يعنى ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة فى اثبات الولادة فكذلك
فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابى حنيفة ان دعواها الحنث الطلاق حتى يثبت فى ضمن الولادة بشهادة
وانما دعواها حنثه فى يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته
بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل ان
يقول كلامنا فى الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ اذا ثبت ثبت بجميع
لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعنى اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها
الزوج فان الطلاق يقع عند ابى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت
الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا فى المسئلة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه الحبل وهو
الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن فى دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم
وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة
القابلة فى المسئلة الاولى فلم يصح منه جواب الاعتراض هناك قال واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى
الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اى بقدر ظل مغزل حالة الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حال الدوران
اسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى
سواء فى الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل لا يهتدى الى معرفة المقادير ولما قدم بيان اكثر
المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل
ستة اشهر وهذا تاويل خرجه ابن عباس ذكره فى المبسوط فقال روى ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها
فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فاذا ذهب
للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان الحد عنها واثبت من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذى ذكر
ههنا فى تاويل الاية مخالف لما ذكره فى الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلثين شهرا المدة لكل واحد من الحمل والفصال
ثم ظهر المنقص فى حق الحمل وههنا جعل مدتهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان بقوله وفصاله فى عامين ومن ضرورته ان
يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله هناك لما كان بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان يكون الاية نظرا الى ذاتها
مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم اخر فتامل وقال الشافعى يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن
عجلان ولد على فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقى فى بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمى هرما لذلك والضحاك بن مزاحم
هكذا فسمى ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغير هم والحجة عليه ما روينا عن عائشة والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى
اليه اى الى مقدار مدة ما فى الرحم وقوله ومن تزوج امة فطلقها يعنى بعد الوصول ثم اشتراها فان جاءت لاقل من ستة اشهر منذ
يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه فى الوجه الاول يعنى اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدت
اقل من ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفى الوجه الثانى يعنى ما اذا جاءت به
لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت
الا بالدعوة قال المص هذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك
اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات بل من ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق
فيلزمه الولد اذا جاءت به اقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا يحل له وطئها بملك اليمين فيضاف الولد
الى اقرب الاوقات فح كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان تكون الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة

الحرمة غليظة تمسكا بقوله تع والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا تنكشف
تمسكا بقوله تع فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية فى الامة بمنزلة الثالثة فى الحرائر والمحرم اقوى
ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امراة على الولادة فهى ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد
من المولى بقوله فهو منى وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف
الاول فانا تيقنا به بقيام الولد فى البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله ومن قال لغلام هو ابنى واضح واعترض بانه
ينبغى ان لا يكون لها الميراث فى الاستحسان ايضا لان هذا النكاح ثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب
دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث
ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التى لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل
لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضى
لا محالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بان يكون عن وطئ بشبهة او يكون الولد ولد ام الولد
فلم يفتقر ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت
معروفة بالحرية فلا يمكن ان تكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وح لا يكون عن وطئ بشبهة
وهو ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم واحكم

باب الولد من احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا يحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد
لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله فقالت ان ولدى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له
حواء وثديى له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه منى فقال رسول الله عم انت احق به ما لم تتزوجى ولان الام اشفق عليه للزيادة
انتصاله بها حيث ينفصل منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها
والى ذلك اشار ابو بكر الصديق رضى روى ان عمر خاصم ام عاصم بين يدى ابى بكر لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر
ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر احد والنفقة على الاب على ما سيجئ قوله ولا تجبر
الام عليه اى على اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب لما ذكره الآن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت
حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبى فانها كالميتة وح فام الام وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلى بام فهى اولى ممن تدلى اليه باب وتستوى
فى ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا تختلف باختلاف الدين على ما سيجئ كل شئ يجب ولده
حتى الجبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة
ولهذا اى ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اى لاجل الولاد فان لم تكن له جدة
فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا
بقرب القرابة والاختلاف قرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال فى كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا
بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام وقد تايد ذلك بقوله عم الخالة والدة وقد قيل فى تفسير قوله تع ورفع ابويه على العرش انها
كانت خالة وقوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيه
من زيادة الشفقة قال فى النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا يرى ان الاخ لام واب مقدم فى العصوبة
على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضى خان
وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب فى استحقاق الحضانة فان لها

ذلك عند عدم قرابة الام قال وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها ش كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها
اذا تزوجت لما رويناه من قوله عم انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه
نزرا اي قليلا او ينظر اليه شزرا اي نظر المبغض ولا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو
ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية
لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف
الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية النكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه
تتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا عند التعارض ترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر الامام
التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر
من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنها وقوله والام والجدة احق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير
زيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني ان الصبي
في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية ويستنجي وحده وقوله يحتاج الى معرفة آداب النساء
كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية التزويج
الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيه اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها
على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الفتنة قال الفقيه
ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة وقوله
ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حدا
تشتهي على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت
تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تواجرها
للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام
الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة
بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف بالرفع على الاستئناف
وبالجزم عطفا على يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك نظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه
ولا خيار للغلام والجارية يعني بين الابوين وقال الشافعي لهما اذا بلغ سن التمييز ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب
لا تمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى الاب كفايته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي عم خير غلاما بين الابوين روى
رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي عم فقال ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي عم اقعد ناحية
وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي عم اللهم اهدها فمالت الى
ابيها فاخذها ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله او يحمل على ما اذا
كان بالغا فيه نظر لان المذكور في القصة الصبية وقال ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب
ان المص قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما رويناه وما روي انه عم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر
فاول المص الاول بقوله قلنا فقد قال عم اللهم اهدها والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان بالغا فصل لما فرغ من بيان من له
الحضانة بين ما يفعل من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء العدة ان تخرج من المصر
فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام

الاقسام العقلية فان من اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله
لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى وقوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى به اي بالتزوج
في بلدة ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المص ذكر في السير وذكر ايضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامنة
ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى
ان يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحذور
وانه لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث ولا يليق ذلك بمثل المص وغير بعضهم لفظ
الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة للشخص كما قدرنا في اول البحث ويراد
به الحربية ولكن ذكره بتاويل الشخص فبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان
فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لان التزوج في بلدة يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المراة
ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج
الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار لم يوجد ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف
فلا يصح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لا وجه لمعنى القياس والاستحسان ولا وجه
الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وقوله ان ثبت في الحربي تزوج في بلد المسلمين لن يصير به ذميا روايتان صح استخراج
وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما
ذكر في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد به فليس لها ان تنتقل بالاولاد
اليه باتفاق الروايات واما القسم الاخر وهو ان لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اختصر عن ذكره لظهوره من
الاقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف آخر
هو شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيه وفيه نظر لان الحربية
بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني تتمشى اي يتيسر لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة
في وطنها دار الحرب مخرجا الينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم يكن من ذلك
وان وجد الامران جميعا ايضا وباقي كلامه ظاهر والله اعلم

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه
من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره
تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية
اصل النسب فتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزء منه
وكذا على الوالدين قال النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله
قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة
واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا يرى ان الزوج لو لم يطالب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة
وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا
يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تع لينفق ذو سعة من سعته امر بالانفاق والامر
للوجوب وقوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل
على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله عم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن
بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فراشكم احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه

فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل
من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس
بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق والنفقة ليست عليه بل على الراهن واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن
ايضا وهو كونه موفيا دينه عند الهلاك فلهذا لم يجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة
لا فصل فيها فتستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المص وهذا اي اعتبار حالهما في
ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين
او معسرين او الزوج موسر والزوجة معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار
وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلواء واللحم المشوي والباجات
والمراة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في بيتها ولكن يطعمها
فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المص القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر
في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها العسر ولم
يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال في ظاهر الرواية نقول لما زوجت نفسها من معسر فقد
رضيت بنفقة المعسرين فلا يستوجب على الزوج لا يجب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي
وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا والدليل عليه قوله تع لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتيه
الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا يصار الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار
حالهما قوله عم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عائشة ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله
ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عم خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف فاعتبر حالها ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعي لان المدعي هو الاعتبار بحالهما والحديث
يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار
حاله فالاية يدل عليه والخصم يقول به فاذا الاية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان
يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الاية لكونه من الاحاد
فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون المعارض في الحقيقة بين الايتين فيجمع
بينهما قال المص اختيار امنه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالها هو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية
والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله
تع لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن نقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه لئلا يلزم التكليف
بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله
معنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تع وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا
عن قول الخصم انه تع قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا زاد على ما في وسعه ان كانت
حالها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال
المراة وهو الواجب وقوله وبه اي وبقوله عم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير
كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر
في نفسه شرعا لانها تختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير
قد يكون اضرارا قال وان امتنعت من تسليم نفسها ان امتنعت المراة عن تسليم نفسها قبل الدخول او بعده

بعده على قول ابي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة
لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الاخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان
الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك واما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها
اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا يبطل النفقة فان كان المنزل
ملكا لها وهو يسكن معها فيه ممتنعة من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى
تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه منعها عنها
فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تع قال وعلى المولود له وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله بخلاف
ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا توطا فلا نفقة لها سواء
كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب
للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للدواعي
لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة واجيب بان
الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها
فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها
بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد
بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد
فلها المهر دون النفقة وقوله وان كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز عن جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا
صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت النفقة كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة
والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع
من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وبطل لان الدليل يقبل القلب قوله واذا حبست ظاهر وقوله
والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله لان فوات الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا
تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات
لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج
لا تجب النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح وقوله لما قلنا
اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل
هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج
فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه قال ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة
اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجوهها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة
على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها
نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت
المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها تستحق وقوله ولا تفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر
وقوله وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب
وجوب الزكوة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني ينقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز والادام اللحم او
الزيت وادناه الملح او اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد يعني ما قال محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته

لانه اذا كان لها خادم فهذه المراة لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه النفقة كما لو كان موسرا او قوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل
الاصح ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي
يفرق بينهما لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة
الى النفقة اولى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق
يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني والاول اقوى
في الضرر فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره
ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول
الى المراة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود
جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب
بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج يعني من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر
القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج فاما اذا كان غائبا
غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي فرق بينهما قال شيخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد
فيه اي في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف
حال الغيبة لجواز ان يكون غائبا قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فلو رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه
لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة
الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال لا ينبغي ان لا يتمم لها نفقة اليسار لان فيه
نقض القضاء الاول وتقريره ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقرير ما ليس بواجب لا يكون لازما
لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها
فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد
من التتميم وكذلك عكس حكم هذه المسئلة وقوله واذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن
الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان
يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها
تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب عن المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب
بانها صلة من وجه ولهذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة
لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف
المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور
سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما
قيد بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تسقط بموت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها
استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس
على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد
جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة
ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى
الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله وجوابه قد بينا اشارة الى ما تقدم

ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا يكون النفقة عوضا عن البضع
وان اسلفها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء من قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت
فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله واذا تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة
مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان
فذاك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء
وكذلك اذا قتل وقوله في الصحيح احتراز عن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري الصحيح انه تسقط
لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب
اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر وقوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط بان الحرة اذا حبست
نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه فاما ههنا فالتفويت من قبل الزوج وقوله
والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقريره لما بوأها مرة يجب عليه ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير
الجواب التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له
ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر والم
في هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا يحتاج الى التبوئة
لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لمصيرورتها احق بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام
فكانت كالحرة لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله
الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم واذا وجب السكنى حقا لها ليس له
ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة من الاستمتاع وكلامه واضح وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر واذا غاب الرجل وله في يد رجل
مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان
لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ
من مال الزوج حقها من غير رضاه بحديث هند امراة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فان
اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره فانه لو انكر احد الامرين
من الزوجية والوديعة لا يقبل بينة المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس
بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره على
نفسه تعدى الى الغائب لكون ما اقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما
للغائب او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه من الوديعة والدين واجيب
بان امر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المراة ذلك ابقاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه
قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله
اولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه امانة من وجه وكذلك اذا كان دينا وقوله وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي

يعني اذا عجل لها نفقة السنة صح

الد

النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال
من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يبيع مال الغائب بالانفاق واما عند ابي حنيفة فلانه لا يبيع على الحاضر
لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بطريق الاولى واما عندهما فان
كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك قوله ويأخذ منها كفيلا نظرا
للغائب من بيده المال اذا اعترف بالزوجية ينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة
واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفا نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا اي اخذ ايهما شاء من المراة
والكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء يعني زوجة الغائب وولده الصغار واما غيرهم من المحارم كالاخوة
والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله لانه يجتهد فيه وقيل
لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا
اذا علم القاضي ذلك وقوله ولم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله فان قامت البينة على الزوجية
يعني في الصورتين اذا كان له ثمه وديعة ولكن ينكر الزوجية او اقامتها لم يفرض القاضي نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي
بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل ما ذكروا من قوله اذا جحد المديون
او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة يقول ولا يقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا يقبل بينتها فيها
ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر وطلبت المراة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويامرها
بالاستدانة لم يجب الى شيء من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول
وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة
والنكاح فالقاضي يامر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لانها تحتمل
الهلاك بخلاف الدين

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة • واذا طلق الرجل
امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلثا
او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له
الوطي كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الخ رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن
ماجه رحمه الله وقوله لانا عرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تع وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل
على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تع يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وقوله
وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحامل لو كانت كالحائل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في
النص فائدة واجيب بان الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحامل تستحق النفقة ثلثة قروء فكان تشتبه
بان الحامل ايضا تستحق ذلك المقدار او زيادة فرفع ذلك فقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله
لانه تع كتاب ربنا يريد به قوله تع اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وجه ذلك ان الوجد هو السعة والغناء وذلك
يرجع الى ما ملكت اما الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه فكان تقديره
والله اعلم ما تلاه ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله عم يقول
للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وهو زوج فاطمة
الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عائشة تلك المراة فتنت العالم اي بروا
هذا الحديث وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن
الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط

بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه
وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة
وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله في مكنها وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلث واما المعتدة بالطلاق
الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت حبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق
الرجعي لا يقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

لما فرغ من بيان نفقة الزوجة شرع في بيان نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر
الرواية وقد روي عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما بقوله تع وعلى الوارث مثل ذلك
ووجه الظاهر قوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب
على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهن عليهن كان بسبب
الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني
وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول
واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد كما
تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل
تحقق الولاد فاذا تحقق تضاف الحكم ويجوز ان يقال استدل بالآية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف
وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة لهما واذا انتفى الاشتراك
فاما ان يثبت على الاب وعلى غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه
لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة كما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه
اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في قوله تع ولا تضار والدة بولدها
معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تع والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين
قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر
كان محمولا على الندب والوجوب اذا لم توجد من ترضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المص
بقوله اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها ديانة
حتى لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان
بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تع فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
في المطلقات واوجبنا اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على
المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة
والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله ونفقة الصغير واجبة
على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لما ان اسلام الصبي العاقل
وارتداده صحيح كما يجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تع وعلى المولود له
رزقهن الآية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة
فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد
الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مرتب عليه فيكون السبب موجودا فيجب النفقة فان قيل

سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه
العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها
وقوله واستدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله تع وعلى المولود له الآية كان اسهل تاتيا لانه يدل على نفقتهن
بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوضح كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد
الصحيح وقوله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله وفي جميع ما ذكرنا
اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في
سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او
ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب وان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في ماله
نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل
عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضرورته وقد تحقق في نفقة المراة امر ضروري فتغير وذلك لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس
فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنا لما فرغ من بيان
نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الابن ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينهم اما
الابوان فلقوله تع وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن
ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا اكل ولا
اشرب حتى تكفر بمحمد صلعم وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها واتى سعد وصبرت هي ثلثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل
ثلثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي عم وشكا ذلك اليه فنزلت هذه الآية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله تع
ويترك ما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع وقد قيل فسر النبي عم حسن المصاحبة بان تطعمهما اذا جاعا و
تكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله لما تلونا اراد به قوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المص ههنا ان الاب اذا
كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه او لا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا
كسوبا يجبر الولد على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على ان
النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان
الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته
ضرورية كانت كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق
استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت
المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر وقوله لانا نهينا عن البر في حق
من يقاتلنا قال الله تع انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية واستشكل بقوله تع وصاحبهما في الدنيا
معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التعارض
المفضي الى الترك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من
فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك
وكان في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تع وعلى الوارث مثل
ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلاه
دوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى
ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان

ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يسال الناس او يبره احد من غير سوال فان الهلاك جوعا في العرف
مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا ترفع الا من جانبه
واما كون الاحياء الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا فتح ولا يشارك الولد
في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية
لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله عم انت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره
فان قيل التاويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث
مشهور فيجوز به الزيادة سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك لما ذكرنا من
الدلائل الدالة على تقيدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الآية كما تقدم
فان قلت لا منافاة بين الآيتين لان قوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الآية كما تقدم لا تقتضي ان يشارك
الجد الابن كما ان قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار
غنيا به والغني لا تجب نفقته على ولده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب
الناس الاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق
له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكر
والانثى اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره
في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في
مال الولد بقوله عم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق
مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث وقوله وهو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله
والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبره محذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو قوله من لا يحل نكاحه على التابيد
واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا او زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك للاشارة للبعيد
فيكون اشارة الى اول الآية وهو قوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فدل على ان الوارث النفقة وتقييده
بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة
من النبي عم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى
امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على
الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه
وقوله يجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليها اي على الانفاق واما التقدير فلان الله تع نص على الوارث
بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة
فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى
هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير او كبير زمن وللرجل ثلثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على
اخيه لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث
الولد له خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما
ويكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ
من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ للاب والام يرث مع الابنة

والاخ لام لا يرث معهما فلا حاجة الى ان تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوارث مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث
معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا
فالنفقة عليهما تجب كذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير
الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال
دون ابن العم الذي ياخذ الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب
فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير
وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في
حقه بخلاف الخال فان صلة واجبة والنفقة منها فيجب عليه قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر وقوله
ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت جملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب
والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشارك
في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما
اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب
والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الوالد يعتبر على قدر
الميراث والمعتبر اهلية الارث وهو ان لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله
فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث كما قدمنا ان الخال ذو رحم دون ابن العم
وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اي
اعتبار الارث بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكس وقوله ولا تجب على الفقير ظاهر وقوله
بما يفضل نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما يفضل على كسبه الدائم اذا كان محترفا من كسب يده وقوله
والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو
الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر
الغنى الموجب للزكوة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه اولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف
يشترط نصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة هكذا قال صدر الشهيد في فتوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا تجب واذا كان للابن الغائب مال
قضى فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء الى قوله والى هذا كان لهم
ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا تملك الام في النفقة مخالف لما ذكره في
الاقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع
كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وبما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما في الاقضية والقدوري مأولا بان الاب هو
الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع يعود اليهما وهو الظاهر وقوله وهو ان للاب ولاية
الحفظ في مال الغائب اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه للنفقة وانما صح بيعه ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب
بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للغرضية في تغير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة
الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا
كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا
بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي يعني انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة
ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى وقوله الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله

من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة وان مضت
مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة عليه كامر الغائب ولو امر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي
المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان
القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة في يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسبت وان
القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى يفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم
جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب اصحابنا ان الانسان
لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار
فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان
المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار
على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى
بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المراة لصيرورة نفقتها
بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب
مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق اشد فكان بالدفع اولى وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي وقاسه
على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من
اهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا يرى انه بالكتابة يستحق حقوقا على
المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له في انه اسقاط مبني على السراية واللزوم كا
لطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما افسادا في الملك وتحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت
كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية ونحوهما
في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه
كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي
في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه
كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن
المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله
شرط الحرية لان العتق يعني الاعتاق لا فيما لا يملك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى انه لو ورث اخاه عتق
عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف
فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله
لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل للقول ملزم يعني لان الصبا
الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى ان صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع
دعواه اجيب بان اللزوم ثمة بيد صاحب اليد واقراره مؤكد وقوله واذا قال لعبده او امته انت حر قال في المبسوط الالفاظ
التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء
اما صيغة الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما النداء فان يقول يا حر
يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الخ وقوله دستوره من بعد ارادته قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء وقوله

لاسماء حر استثناء من قوله ولو قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد وقوله فيعتق
اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب
بانه اذا لم يكن علما كان المنادي في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة جزء عن الموصوف فكان النداء اخبارا
بان المنادي موصوف بهذه الصفة وقوله وسياتيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ما نذكره وقوله
وقد بيناه يعني في الطلاق وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة قوله خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية
السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لا تعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتي بيانه وقوله
لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي لليد فكانه قال
لا يد لي عليك لو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك
لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق
فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك ولازما وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم
فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل
التسليم واليد باقية الى ان يسلم وقوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة يعني اذا انتفى ذلك بالبراءة
عنه يعتق **فصل** ولو قال هذا ابني من قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب
فعتق عليه يعني قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات
شرط النسب لكن الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقي قوله لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج
الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف
تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجي بيان تجوز المجاز ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل
ما ذكر المص من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في ثلثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه بمعنى الناصر فكما في
قوله تع ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى ابن العم فكما في قوله تع واني خفت الموالي من ورائي
وقوله والثالث نوع يعني الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث
الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح مصحح الفرض والتعذر وقوله فالتحق
بالصريح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا وقوله واما الثاني يعني به قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه
ان معنى قوله يا مولاي يا من لي عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء
وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة والملك علي ولم يثبت به شيء
يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال يا ابني يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حر في
وقوع العتق به دونهما بان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى
استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني
قوله لانه نداء بما هو صريح وهو استحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق
الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو اخلف من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء بل كان
لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق فيهما اي في قوله يا ابني يا اخي والحاصل ان العتق
يقع بالنداء بثلثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بست الفاظ بالثلثة المذكورة وبقوله يا ابني
ويا اخي والاعتماد على الظاهر وقوله ولو قال يا ابني ظاهر **فصل** وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اذا قال لعبد وهو اكبر سنا
منه هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي واصل هذه المسئلة ان المجاز

المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فعلى الحكم بهما مح
فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر فان الحقيقة فيه متصورة لامكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما
لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقال تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا
والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين
ملكت لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا
حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على ما المعقول لانه
لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكت لان الاول يقتضي عدم ورود الملك
عليه والثاني يقتضي وروده البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله هذا
بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز
وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطا سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك
مجازا عن قوله لك علي خمسة الاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطا ليس بسبب للمال مطلق بل للمال
المال المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ الدية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن
القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب له لا يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما
الحقيقة فظاهرة واما المجاز فلان قطع اليد خطا ملزوم للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك
وقوله اما الحرية لا تختلف معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا
حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها فامكن جعله اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن الحرية على تاويل العتق او
المذكور ولو قال هذا ابي او امي مثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال
لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من نبوة او
حرية الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان
يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي
لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله
وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسئلة
الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب والام لانها عبارة عن مجاورة
في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين
في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا او قال هذا اخي لابي او لامي فيعتق من غير تردد لان مطلق الاخوة
مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تع انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تع والى عاد اخاهم
هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت
العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذه ابنتي فقد
قيل هو على الخلاف وقيل اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني
ادم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون
معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته انت طالق او بائن ظاهر الى قوله وعلى اللفظين وهو
جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط
محض وتقرير الجواب ان الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب

سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل
لفظ تصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشي لا يناسب شيئا الا والآخر يناسبه وانت
قال على ما قال مشائخهم لان المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح والكناية
وكنايته انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير
اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد
ماخوذ من قولهم اطلقت البعير عن العقد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك في الشرع
لان المنكوحة لم تزل مالكيتها لانها قادرة الآن قيد النكاح مانع بالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية
في محل لم تكن وبين رفع المانع ليعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى على ما نذكر
ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن
واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكلما هو اقوى فاسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه
وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الآخر وانت
تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان
عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جراءته وقوته بجراءة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق
اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق
دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب ان في الاولى منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات
والطلاق رفع فانى يتناسبان وفي الثانية تسليم ان كلا منهما اعتاق لكن الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة وقوله
واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة
الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله
عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا
بصفة كعلم او خط او جود وغيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله
ولو قال ما انت الا حر ظاهر لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة
مسائل الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في
بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما فذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر
انثى من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله عم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة وقال عم من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير في منه يعود
الى من كما في قوله عم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوع هذا القول من ملك بنوع ذلك
لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن
رسول الله عم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه
اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض وبطلان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما في
اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثال له وقوله والشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد فاستدل بان ثبوت
العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يلحق
غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما
يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما رويناه وهو قوله عم

قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع
واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها
اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع
واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما اثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة
فاستدل به وللمشائخ ههنا نكتة وهو قولهم هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما
اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على الرضاع
يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رفع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما
او كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل من القرابة ان اوجبت العتق اوجبته باعتبار الصلة
على ما اشار اليه المص بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة
فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل صفة الوراثة بقوله تع وعلى الوارث مثل ذلك
واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه
لم يعتق عليه فانه لو اعتق لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك
فان الصبي والمجنون اذا اعتقا لم ينفذ واما اذا ملكا ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع
بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا
تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله لا عرف في موضعه
وكذا اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهر وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب
متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا يختص تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب
اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يتكاتب
عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام
يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق
لا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد
لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك في الوالد والولد فاذا كان
من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق
العار برقه لحوقه برق ابنه او ابيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه جواب لنقض اجمالي تقريره لو كان
تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من ملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها
وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر
وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في
المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما
كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق فكان
كالنفقة ● ومن اعتق عبدا لوجه الله ● من قال لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود
ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله في
الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني للشيطان والصنم وقوله وعتق المكره والسكران واقع وقد تقدم
في الطلاق وان اضاف العتق الى ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق

بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط
فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي
في وجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطلها فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه
فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا
اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي عم ولانه احرز نفسه وهو
مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء احترازا عنه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه
كبقاء الملك بعد وجود اسبابها وقوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض بانه لو لم يعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز لجاز
الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الامة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل
في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد على ما سيجيء وقوله
واشتراط بدل العتق على غير العتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من
اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد اجيب بان ذلك في صحيح الشرط واما ههنا فالمسئلة مذكورة
بكلمة على فكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب
المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع
الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف فيه مشروط
بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم
على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في
النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فانه في شروحه فرق بين الخلع والعتاق
لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع لان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة
المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان في مقابلة شيء يحصل له
والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل
واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه
مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارض له فيه اي في
الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماءان له بخلاف امة الغير لانها مملوك لسيدها فتحققت
المعارضة وولده من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين وترجح جانب الام باموره منها الحضانة وفيه نظر
لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون
مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما
ومن جانبه حكما فقط والاول راجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها
ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا فانه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقاريض
عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به وقوله والمنافاة
متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة
فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فيثبت المنافاة بخلاف
الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر وقوله والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون

يكون الولد مملوكا للمولى لئلا يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على
تزوج الامة عالما بان الولد يرق فيه وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم
في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها
في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فانه
في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير لذلك

باب العبد الذي يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه
اولى بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله
ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا موسرا او معسرا او ان كان
العبد مشتركا واما اذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزى فاضافته
الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول
يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف
وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله اولا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل
رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل لهما ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة
ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة احدهما توجب اثبات الاخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا
لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت شيء او
يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق وصار الاعتاق كالطلاق والعفو
عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد تقدم ان الاعتاق عندهما اسقاط كالطلاق فكيف جعله
ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهما ان الاعتاق الخ ولابي حنيفة
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو اي الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة
ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق لئلا يلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف
ان يكون عبد الله جزاه فصيره عبد عبده او حق العامة لان الغانمين كما يقتسمون غير الرق يقتسمونه وحكم التصرف ما يدخل
تحت ولاية المتصرف ولانه هو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى ينادي بالكلام على احد الامرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب
وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية
المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما يكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما يكون على الملك
واما ان الملك متجزي فذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجز ايضا وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيته ولا تجزيه عليه كجواز الصلوة
فانه امر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيها
ولا علتها وهي ارادة الصلوة هذا تقرير احد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة المتجز
وازالة المتجزي متجز وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا اسهل ماخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد
عنده فيجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة اي اضافة الاعتاق الى البعض
توجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار
الرق لانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن
بازالة المكاتبة فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون معناه اذ هو
اي هو معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض

توجب ثبوت مالكية في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا
بالدليلين وان كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل المكاتب فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل
لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد
ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط
من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فتقال وتفسخ وفي بعض النسخ لانه اسقاط لا الى اجل
يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى اجل وهو وقت اداء البدل قوله وليس في الطلاق حالة والعفو متوسطة
جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص وجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة
متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة فيصار اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد
فهو متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتقت من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد
متجزيا لاطرد في القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجز في القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل
الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجز واذا كان العبد بين شريكين • اذا كان العبد
بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فاوجه
صحة قوله عتق واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله فالولاء بينهما
يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما بالمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا
وقوله لما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا
سعى في حصة الآخر والقياس يمنع احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا فلانه باعتاق نصيبه متعد على
الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما
عدم وجوب الضمان على المعتق بحال فلانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان
تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره واحرق الحصائد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره
ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال به انه قسم
والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لما قلنا يريد به قوله ولانه احتبس مالية نصيبه
وقوله لان العبد فيه تسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد
فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد
انما سعى في بدل رقبته ومالية وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في
الدين الثابت في ذمة الراهن وهو كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما
في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي عم قسم على وجه
الشرط لانه عم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند
الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من
وجه ابي حنيفة وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب
هذا هو ظاهر الرواية ولم تستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البذلة والحبس وقد روي استثناؤه ويعتبر قيمة العبد
في الضمان والسعاية يوم الاعتاق وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت
بخلافه نظر اليه يوم العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض
اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وهو

وقوله لان به اي بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت بتحقيق ما قصده المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق
الساكت اليه واذا ملك مقدار حصته من المال يمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله
ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسألة مبنية على حرفين اي اصلين بني الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان
الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية وجب عليه الضمان
وانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه
السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان
الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث
امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على
مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان
فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفين مبنى المسألة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما
معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية لغيره وهو افساد
النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين وقوله لما بينا اشارة الى قوله
ولانه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت
باداء الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا لمن قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب
وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له فقد اعتق فله ان يعتق
الباقي او يستسعي ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك
وتقريره ان ذلك والضمنيات لا تعتبر وقوله والولاء للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله
لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله ولا يرجع المستسعى على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا لسؤال ورد
في قول الشافعي في الموسر بان الموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول الباب مطلقا فاحتاج ان يبينه ههنا وقوله
ولا راض به اي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا
وقوله فتغير ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا اي الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا تفتقر في
وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتني على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير
مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف
السالب لها بصحة البيع وامثاله في شخص واحد ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه • كلامه واضح الاثنية
عليه قوله بالعتق اي بالاعتاق وقوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله فيصدق يعني كل واحد منهما في حق نفسه
وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني على تقدير الكذب وهو لف ونشر مشوش وانما ينتفيا
بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد
بالاستسعاء وهو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق الشريك يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا
باعتبار تجزي الاعتاق يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب
الضمان موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه وما اتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل
للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة
فواضح ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبر ضمان معاوضة ان من غصب

مدبرًا فاكتسب عند الغاصب كسبًا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة
في آخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر
ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما تلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى و
قوله لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال الامام جلال الدين ابن المص هذا غير مستقيم وكذا قوله لانه
من رضا المكاتب ينفسخ لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفة
وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر وقوله على ما قالوا
اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة منفعة البيع وما
شاكله منفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم
يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطئ والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة
وقيل الفتوى على الاول وقوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو
ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو
الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن
المعتق قيمة الثلث الذي ملك على الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت
من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت
في ذلك الثلث والساكت كان يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ملحظ
الكتاب اي احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له
الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين
المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل وكذلك من اقام مقامه واما المعتق فلم يقم مقام الساكت
باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا ملك الولاية وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة
المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر
كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة
لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند
اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لان نصيب
الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته
فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض
بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار اردتم به مطلقا ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر
جرة انسان مثلا واتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني
والتحكم مدفوع لثبوته بقوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه
غيره لكونه على خلاف القياس ❀ واذا كانت جارية بين رجلين ❀ واذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام
ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرفع عنها الخدمة يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف
قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه ولتقريره ان المقر لو اقر على نفسه
بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه فصار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها

لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فتخرج الى العتاق
بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة
ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان
صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة
للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الثاني ولا استسعاء لانه تبرأ
عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما يرى وقوله
والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد تضمن اقراره بها
الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم اقر المقر بنسب ذلك
الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين
ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما
وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المص في كفاية المنتهي منها انها اذا ماتت احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما
تسعى منها انها اذا ولدت فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ولا شئ عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن
نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا او يسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا منها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن
شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم
لان حل الوطئ لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح الا يرى ان ام ولد النصارى اذا اسلمت عليها السعاية ولو لا تقومها
لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر
وقوله غير ان قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز للتمول والاحراز في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول
وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود ولانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع
بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا
لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم
وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله
وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد
على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع
كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان
قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه
جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه لما امتنع لتحقيق المقصود اذ
لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه وقوله قضينا بكتابتها
عليه ليس المراد به حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين
اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما
ادته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان كتابتها
لم يقتض تقوم ام ولد النصراني كما طرد ما قلنا والله اعلم واحكم

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل فقال احدكما حر ولنسم كلا منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يوم المولى بالبيان

مادام حيا لانه هو المحل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر في الكلام الثاني ويعتق من
عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار حرا فلا يستحق به العتق لما لو جمع بين حر وعبد
وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام
الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات
ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين يعني
الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك يعني يعتق من الثابت ثلثة ارباعه من الخارج نصفه الا في العبد
الاخير وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال في حالة الاشتباه وما روي ان رسول الله بعث اناسا الى بني خثعمة
للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي عم فلما بلغ ذلك رسول الله عم قضى بنصف العقل باعتبار
الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تقية من القتل
على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم تقويا من شرهم فلا يجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه اوجب النصف
واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال
اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك
لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لابد ان يتفلك لها ثدي او ينبت لها لحية وح يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك
وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق ح وصية والوصية تنفذ من الثلث
فيضرب كل بمقدار وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة ارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان
فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلثة الارباع وهي ثلثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا
وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلثة اسهم ويسعى
في الاربعة واما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان
الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلثة والداخل
يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا
ولا سعاية عليهم اصلا اجازت الورثة او لم يجزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا
صادف محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته ح بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى
موضعها قوله ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة
ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة وصورة المسئلة
واحدة والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوط نصف من المستحق بالعتق ثبوتا في
الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين
العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان لحق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء
بين الثابت والخارج فما دام لحق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان
الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه ادار بين المكاتب والعبد الا ان اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة
في الطلاق فمترددة بين ان يكون منكوحة وبين ان يكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة
منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلت
اجنبية من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فنصيب كل واحدة منهما الثمن

الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ويموت احد
العبيد فان مات عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته
وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد يعتق الخارج لما قلنا
واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قيل
للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب
الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام
في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صح تعين له الثابت بموت
الداخل فاوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم
اليه حر هذه تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول
على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان كان اوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني وان
اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج
حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع بالمهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا
في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة
لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة تمام في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع
او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين
لان احديهما ليست باولى **فصل** من قال لعبديه احدكما حر. كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق
اصلا بالموت اورد عليه لما لو قال لامته احدى هاتين ابنتي او ام ولدي وماتت احديهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية
واجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى بيان
المولى فاما الانشا فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما يتعين احدهما للحرية اذا مات الاخر لان البيان قائم بوصفين بوصف
الانشا وبوصف الاظهار وهذا لان قوله احدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر
الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في
مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين
الاخر للعتق ضرورة وقوله وكذلك اذا استولد احديهما يعني اذا وطئ احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له من
ضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للمعنيين يعني
عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه
والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال
فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الاخر له
والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما كان بيانا
يعني لتعين العتق في الاخر قيل مثل ابن سماعة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تبلغ الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة
والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا ذكر في الاملاء اذا وهب احدهما
او اقبضه او تصدق واقبض عتق الاخر ولان البيع الفاسد يعين الاخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا
منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احديكما
طالق ثم ماتت احديهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم تبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له وكذا الوطي احديهما

لما تبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان
الوطي لا يحل الا في الملك وواحدة منهما حرة لا ملك فيها فالوطي لا يحل فيها فاذا وطي احديهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطي حلالا
حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة ان الملك قائم في الموطوءة اي في
التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطيها حلالا اما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة وهي اي الموطوءة
غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان
الوطي حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطي حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا احل
وطيهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق الا انه لا يفتى به لان المنكرة يثبت فيها العتق لا تخرج عنهما فيبنى
الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة الاحتياط واري انه لا يفتى به لئلا تتخذ مغمزا لابي حنيفة
بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان اسما للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز
وطيهما اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق
العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول او يقال نازل
اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار
فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكرة لانه يصادف المعينة اذ هو اي الوطي فعل حسي لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي
بيانا في الاخرى فان قيل فكيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من
النكاح الولد بالوطي فيدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون
الولد فلا يدل على الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المص اختار جوازه او يحمل على المخلص المعروف في
اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او تقرير ❁ ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة • كلامه على ما
ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل
لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان
فان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة
وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت
الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون
حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكر في
الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتعين بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين
كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق
فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان
احدهما موجودا لا محالة ح يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه
لغاية المنتهي قيل هي ستة اوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو
المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف والغلام رقيق
لما ذكره في الكتاب والثاني ان يدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب
ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا
وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره ايضا فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان
الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت

ولدت اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا و
الجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في
حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تبعا لها فيه ولعل المص لم يذكرهما في
الكتاب لظهورهما ❁ واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه • الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة
بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة هي باطلة الا ان يكون في وصية استحسانا
على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق
الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق
العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما ووجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به
ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية
وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهور ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان
من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق (?)
فكذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة فيه
كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما
قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع
قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم يقع الحاجة الى الزام المنكر
وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجب لكون بضعها
مملوكا للمولى وان كانت ممنوعا عن وطيها بالحرمة الابدية الا ترى انه جاز له ان يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان
كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا
عنده الى اخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول لا تتحقق قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب ان تقبل
البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعويهما دعوى صاحب
الحق وبان الدعوى ح لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه
اعتق احدى امتيه كصورة نقض على ابي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم يسمع البينة ههنا ووجه دفعه ما ذكره
بقوله لانه اما لا يشترط الدعوى لما انه تتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه
يعني قوله لان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطيهما ومعنى قوله انه تتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل
استلزم ان يكون الوطي بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله
فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليه الشرع
فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطا وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون
في وصية استحسانا وقوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض وكلامه
وجهان ذكرهما المص احدهما ان التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا
حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فيقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع
بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما
فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم
ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف مشايخنا فقال بعضهم لا تقبل

لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم وقال بعضهم تقبل في شيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا
فكان دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق جزاء بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز قوله من قال اذا دخلت الدار ظاهره واعترض
عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال
عبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة
لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم يوجد الاضافة فيها
ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله كل مملوك لي للحال
لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي
ذكر تذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكره في الكتاب
وقوله وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول
يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء يصدق قضاء وان قال كل
مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده
وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله
لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال
والاستقبال وظاهر تقرير المص يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على كونه للاستقبال
ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال
لان الحال موجودة فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول المص ولهذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل
في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في
الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله يختار المص لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد
الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق
والآخر ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم
حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما
ان هذا ايجاب عتق وايصاء اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي فهو حر واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك
ففي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة اي المترقبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمراد المحبوس فيها لا فيما قبلها
ولا فيما بعدها كذا في الشروح الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها
ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه
اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث
الايجاب لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا لم يتناوله اللفظ فلا يصير
مدبرا حال التملك وانما عند التملك اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله تحت الحالة المترقبة فيصير مدبرا لكون
العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحال فيه
استقبال لا يتناوله الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على
قوله في الوصايا يعني لا ان يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشتري اصلا

اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافا الى الملك او الى سببه وليس احدهما في حقه بموجود فاجاب بان تناوله باعتبار
الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف ولعله اراد بقوله
بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر
لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية
والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت واما ما بينهما فليست بداخلة تحته فلا يصير
المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تناولا واسلم من الاعتراض

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة بالكسر واخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق
ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض وحيوان وغيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا
تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط
اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا لانا قلنا انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون
الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لانا نقول لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق بكان
الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه
معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها احدها ان العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملك كان ما بذله
من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة
الى نفسه لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته
بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء لانه
مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه
بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في يده شيء من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله
في مقابلة ما ليس بمال بل هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض
للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط
دينا عليه حتى تصح الكفالة لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث
لا يصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولى الدين
على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يتعد الى
الكفالة وقوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله من اعتق عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا
شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم
الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف
لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر صيغة
التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء
كما في التعليق بسائر الشروط وقوله من غير ان يصير مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء بالمال لا
لا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها
ولو حط المولى او ابراه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله ومراده التجارة يعني من الترغيب في
الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدني المراد وبحسبه وقوله وسائر الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع
وبدل الكتابة وما اشبهها وقوله انه يعني المولى ينزل قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار هو

مفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب او الحبس وقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها ليست
بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه ولهذا لا يتوقف على قبول
العبد لو صح لكونه تصرف يمين وقوله ولا جبر على مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق قبل
لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يملكه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق
العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فكان اجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق
نظرا الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته
بمنزلة المكاتب ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة
كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى
الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال
شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى لانه قبل الاداء
عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان
يصير العبد احق بالمؤدي فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان الكسب مالا
قبل الكتابة فانه احق بذلك المال حتى لو ادى ذلك عتق كذا في النهاية وغيرها منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما
ان ثبوت معنى الكتابة هو العارض فلا بد من اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا تقتضي صحته فضلا
عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معنى المعاوضة
ليس فيها معنى التعليق فلا يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعلى هذا اي على العمل
بالشبهين يدور الفقه وتخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام
بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما
كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين بشبه التعليق في حالة الابتداء وبشبه المعاوضة
في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم
يتمكن الواهب من الرجوع ووجبت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة
فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وما ذكر في مبسوط شيخ
الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق بمال اداه اي المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم
يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى
البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف
الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرأه عن الكل او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل العتق
رجع المولى عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باداء ان يحثه
على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لما ان كون
الالف مستحقا لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس وهو ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط ووجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير يعني تخيير للعبد بين الاداء والامتناع
عليه فكان كالتخيير بمشية العبد اذا قال انت حر ان شئت فان قيل قد تقدم انه يصير ماذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا
على المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما
لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس فتحرر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد

بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي
ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية
الى زمان والقبول متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول في
الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما سيجيء فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير
حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية
والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة في تعليق التدبير
بالقبول اجيب بان فائدتها بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله قالوا يعني المشايخ
لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث
او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المص وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث
صحيح بناء على ان ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف
التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر
فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق
معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر
بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم
معناه انت حر بعد موتي على الف درهم فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط
القبول ايضا فيه اجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت
مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضاف الحرية الى ما بعد الموت
لفظا فيشترط القبول بعده قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل
العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهو قول ابي حنيفة الاول عليه
قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق
يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة اربع سنين لانه تصلح عوضا لحدوث حكم
المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع ان الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا
باموالكم فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية
بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة بيع نفس العبد منه
بجارية اذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر
ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للمعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم
قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد
لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المبني ولقائل ان يقول هذا مناقض لما قاله
المص في اول الباب في انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان الاعتاق على مال معاوضة
مال بغير مال من وجه كما ذكر وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال
من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد ورفع العقد على الجارية فله قيمة العبد على ما مر
واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء
البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب

تسليم قيمته كما اذا باع عبدا بجاريته ثم مات العبد فتفاسخ العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله وكذا موت المولى في هذه الصورة كموت العبد صار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله من قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها للتاكيد والمسئلة ظاهرة وقوله وقد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمراة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شيء اصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز قوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تزوج قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احديهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف ولو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان لا ينفع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا او يجب العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبده ومدبره وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي عن الاولى بان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره محمد في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الايمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهر مثلها كان مهر الامة في الوجهين

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة لظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر مع موتي او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بالاتفاق ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي عن التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية ثبتت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المص بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في اول باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول قوله ثم جعله سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين فيحمل ما ذكره هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المص غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفي به الشيء

الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم واذا ظهر هذا فالقياس يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانعة عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق والى اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين تعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين تعقد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا نقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستعارة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله فامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء الاهلية الا بجلب حر واما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء الحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان فلا نسلم ان الاهلية اذ ذاك غير شرط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها او بعدها ولجاز البيع لان الموصي له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما شابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره لان التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر وقوله عم وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني غير ثابت في الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا انفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر وهذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة وخوصم الى عثمان في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان بحضرة الصحابة ولم ينقل عن احد خلاف وقوله فان علق التدبير بموته بيان المدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه

بطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفي بما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت
ان صفة كونه يمينا تمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في
الحال ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان عقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة وان عاش
بطل التدبير من المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله التردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة
ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوادر
لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه
لانه علم ان لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات
بعد هما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ عن بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد وعقبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد
من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها
لقوله عم لما ولدت مارية ابرهيم من رسول الله وقيل له الا تعتقها اعتقها ولدها اخذ عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة
البيع لان الحديث وان دل على تنجز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس ان رسول الله عم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة
عن دبر منه فعلنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجز بالحديث الثاني ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع
الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعنا
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن التميز بينهما على ما عرف في
حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان
الجزئية توجبه ولسنا قائلين به اجاب بقوله الا ان هذا الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى
الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية
فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب بقوله وبقاء
الجزئية حكما معناه ان بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه
والام ايضا بواسطة الولد فيقال ام ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقهن وقوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني
لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولده لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر
باصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الى آخره فما وجه
التوفيق بين كلاميه اجيب بان معنى قوله لا يتجزى تملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجي بعد هذا في
هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك
وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد منحصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاد
ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال ودرايته يحتمل ان يكون فيه روايتان عن ابي حنيفة وذلك لانهما جعلا
الاستيلاد متفقا عليه في انه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة بانه متجز عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف
الروايتين كذا في النهاية قال ولو وطئها واستخدمها واجارتها وتزويجها قد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها
فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له ان يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل ان يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه يحتمل واحتمال
ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطي وقد وقع الشك في زوالها
فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة وهو

وقوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى ما ابتدء به اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لان ولد ام الولد
يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجي في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في انه لا يثبت
النسب منها بدون دعوة المولى وقوله الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطي غير ملتزم وقال الشافعي يثبت نسبه منه
وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطي فلان يثبت به وهو اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي
الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما وعدم
نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد
يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة لا يقال النسب باعتبار الجزئية او بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول
لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطي
الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول
تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة
فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه
وذلك كالتصريح بالاقرار واختلفوا في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله لان فراشها ضعيف واضح وقوله وهذا الذي
ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف
والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله لان الظاهر
الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او ترك التحصين وقوله فيه
روايتان اخريان في بعض النسخ اخراوان وليس بصحيح وقوله عن ابي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن رفع وهم
من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر فاما رواية
ابي يوسف فهي انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها
او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد فهي انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم
انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين
وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها
ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان
زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش
له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام من الاحكام ثبوت
النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد وقوله ولو ادعاه المولى
معناه اذا زوج المولى منه فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له
لاقراره واعترض على كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم ذكر
قوله وتصير امه ام ولد له هذا انقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغي ان تصير امه ام ولد لمولاه لان امومية الولد
مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف
لثبوته وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال ان يكون الولد
ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت
النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا مات المولى
عتقت من جميع المال اذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها او لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن

المسيب ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وهي قوله امر حكم لا الامر المصطلح
فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد لانه
فهم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه
وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما فيه من زوائد الحوائج
وقوله ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية الخ وفي بعض النسخ لما روينا
يعني حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك انه لما قال لا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها
سعاية وقوله لانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل فماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة
لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فان من له القصاص اذا مات وهو مديون
ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من
مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما وكذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع
ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو
واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي ثلث قيمتها باقية على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول
بالسعاية عليها عند ابي حنيفة مع ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل عما ذهب
من ماليتها وقوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الاشكال وقوله ولانها يعني
مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه
بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على
المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم
الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفى احدهم يجب المال للباقين
وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الاخرين عنده بعفو احدهم
ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت
مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها وقوله ولو استولدها صورة المسئلة ظاهر وتقرير وجهه ان الرق في
هذه علقت برقيق لان قيام ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة اي في
حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو انعقد الولد كان
الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا يكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاها وقيل
في كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله
وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة
هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم يثبت امومية الولد لان الولد لم يعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك
مولاها ولئن سلم ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولان
الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح
فيثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت امومية فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام
يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف امومية
الولد فانها متى ثبتت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا
لا يعتق عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق عليه

وهو ظاهر من علقت برقيق

عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه ظاهر فصل واذا كانت الجارية بين الشريكين
هذه المسئلة قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد
يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد
المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله فادعاه
احدهما لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض وقوله ولانه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ رد عليه القائل وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه
في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت
للنسب احتياطا كما لا يرى وقوله سقط الحد عنه بهذا الطريق ووجب النصف فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله فيتعقبه
الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما
عرف في اصول الفقه وقوله ويجوز ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي والزماني وح يكون واردا على الاصح من المذهب
وقوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك
والولد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكون للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد
فيكون الوطئ واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها
فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطئ في ملكه والوطئ فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر
المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر
قدر ما يستاجر هذه المراة لو كان الاستيجار للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل
لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما
قال المص معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما لكان حاملا ثم اشتراها هو وآخر
فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي يرجع الى
قول القافة وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتتبع الآثار والآباء في الاشباه من قاف اثره اذا اتبعه
والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخص مع علمنا ان الولد لا يخلق من مائين اي من مائي
فحلين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عم بقول القائف في اسامة روي ان رسول الله دخل على عائشة واسارير
وجهه تبرق من السرور فقال اما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية
فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار
ولنا كتاب عمر الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما اي
الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا اذا مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي دون ان يكون نصفه
لورثة الاب الميت وقوله وكان بمحضر من الصحابة يريد به ان ارازه في منزلة الجمع عليه وقوله في سبب الاستحقاق يعني الملك
وقبل الدعوة وقوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزية
كالميراث يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه
غيره وقوله الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله وسرور النبي عم جواب
عن قوله وقد سر رسول الله عم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة وتبعه ابو يوسف
وجوزه محمد الى الثلث قال ابو يوسف ثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلثة قريبة من الاثنين
وقال ابو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها يعني تخدم كل واحد
منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك

في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقهما عند الموت ولا سعاية عليهما في قول ابي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرًا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرًا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصًا بماله على الآخر ويأخذ اللام اي بالذي له وقوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شي يكون ذلك الشي مشتركًا بينهما على السواء فكذلك ههنا واذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب اولا فان صدقه يثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيه التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه لحجره عن نفسه ولهذا لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا يرى انه بمجرده ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطي في ملكه وولدت منه فكانت ام ولده وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطي لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطي واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما نذكره اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المص نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المص اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهو ابنه قيل اي الولد يعني الولد حصل له من كسب كسبه فان المكاتب كسبه والجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وح لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر يثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زال هذه المعارضة حين ملك

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته والمص اتبعه بقوله فيما يجب البر لان من الايمان ما يجب الحنث فيه على ما سيأتي والايمان على ثلثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مؤاخذة اولا فان كانت فاما ان تكون دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم تكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف

الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر المص اليمين بشرط بل هو بناء على الغالب الا يرى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه لعمرو كان غموسا فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانه يغمس صاحبه في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماها يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي عم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة لا تناط بها العبادة لان اسباب العبادات لا بد وان يكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مامور لها لقوله عم اتبع السيئة الحسنة تمحها ويأتيان معارضا والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشي رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب هتك حرمة اسم الله فهو متاخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدء لم يدخل في السببية وبر فيها عند النظر بان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا تفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله قسمها المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجوا ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلت نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس وروت عائشة عن رسول الله عم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدته المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل ان يقول في حصر الايمان على الثلثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله اني لقائم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو ان يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح مثلا فجرى على لسانه اليمين سواء حتى يجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يتقوى بها عزم الحالف على الفعل والترك وهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث لانه محمول على نفي الاثم ونص اليمين معتبر والشافعي يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي ويستبين في الاكراه ان شاء الله تعالى من فصل المحلوف عليه

او كرها فهو سواء اي فهو من فعله مختارا او مكرها سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه
وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة
في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو
وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث
الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة ولقائل ان يقول اقامة
الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت
من شغل الرحم والمدلول ههنا وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا وما لا يكون

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم
او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن
والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة
فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده اولا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب
لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المؤمنين ومشائخنا العراقيون على ان الحلف بصفات
الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه قياس ولكنه ترك لجريانه بمعنى المعلوم ومشائخ
ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على
ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة الخ ذكره استظهارا الا انه لما بنى الا
على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره وقوله الا انه وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف
بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفة كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام
في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكره معذرة عن وروده على
اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بقدرة الله لانه يقال انظر الى قدرة الله والمراد اثره والا كان
بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم مع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس
الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد وامانة الله يمين ثم
لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف
بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر روى
مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله عم ادرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله عم ان
الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المصنف اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان
التبري منهما اي من النبي والقرآن كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه
كفرا ليس بيمين ولا يتعلق بها الا يرى انه لو قال يجوز لك لا افعل كذا واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب
سيجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني

فصل والحلف بحرف القسم الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا
او مضمرا وحروف القسم ثلثة الواو والباء والتاء وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحلف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون
او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها
والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وان يكون قد خلف ذلك وراءه والفرق بين الاضمار والحذف
بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان
يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احتراز عما روي عن ابي حنيفة

حنيفة انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر وتحتمل معنى اليمين ولا
اثر لتغيير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله قال ابو حنيفة
ظاهر وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين الحق وحقا بان المعرف اسم من اسماء الله قال الله تعالى ولو اتبع الحق
اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه
معنى الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر واعترض بان اليمين ما كان
حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر وقوله اقسم لا يكون موجبا من البر
بمجرده لانه لم ينعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما يكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله
وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبا للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون هي للحال كذلك تكون
للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم يكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك
لا سيما في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب
الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك
وهو موجب البر وهو غير ممكن ههنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن
القسم في الحال وما ثمة قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة لغوية كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب
اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك اسم الله ولا الى
جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال علي يمين او اقسم ولم يزد على ذلك واما اذا قال اقسم لا افعل كذا او
علي يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة
قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال
يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون المقسم به
ايضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها
وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قال** وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسئلة وهو قوله اقسم الخ
والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم وقال في المبسوط العمر والله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى
لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين
وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية
وقوله والحلف باللفظين يريد قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا وكذا قوله وكذا
وعهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله عم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين
ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع
وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال وهذا جواب من قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان
كان ذلك كفرا الا انه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما
تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان افعل كذا او نصراني ان افعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي هو
نصراني ان افعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط
مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان
كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف
كذلك اذا كان في الماضي وقيل هو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال

سو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعلم انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده
انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء
يحتمل الفسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان الفسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود
بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمالا انتقالا بهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما
الخمر والربوا فيحتملان الفسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انفسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه
الا يرى انه يحل في دار الحرب وانه قوله في كلام المص لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر
واكل الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر هذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية
اعادة والحمل على الاولى اولى فاذا كان كذلك لم يكن حرمة هذه الاشيا في معنى حرمة اسم الله لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بهذه
هذه الاشيا ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجَب
وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه
واضح وكون الواجب احد الاشيا على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد
على ما هو مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية
يعني ان اعطى السراويل المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما يجوز به الصلوة لان ستر العورة فرض لا يجوز
الصلوة بدونه اما ما زاد عليه فنفصل يعتبر للتجمل او للتدفي فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الادام في الطعام وقوله
لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة حتى لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل
ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب
كثير القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية
او لا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف اذا نوى ان يكون
بدلا عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها
تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والادا بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد
الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب
جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفضية الى الكفارة لانها
تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض
الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم تجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا وقع الى المسكين
قبل الحنث لكنه لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون
قد وقعت صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه
ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف
على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لافعلن او لا افعل فكان من باب
ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال نظر لانه قال وراى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية
غيرها خيرا والجواب ان حال المسلم تقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله
ولان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث
فيما قلنا فيصلح الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قال الشافعي
لان الحنث لما تاخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في

في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والمفوت الى
جابر كلا فوات فيكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة وقطع
الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه
ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث
اي لا كفارة عليه وقال الشافعي يكفر بالمال لان اليمين تنعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة
اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوي والخصومات ولنا انه ليس باهل اليمين
لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى مع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا اهل للكفارة لانها عبادة
بخلاف الاستحلاف في الدعاوي والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والاقرار لا ينافي ذلك قوله ومن
حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه
ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت
حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع لما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند
الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة
انما تستعمل فيما كان ثمه تحريما وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة
لغيره وعورض بان اليمين اما ان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء
وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطها بالنص وهو قوله تع قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك وتحريم العسل
او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض النصوص الصحيحة ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام
والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح
العينين فيحنث وهو زفر وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح
العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية
باستعماله في المتناولات واذا لم يكن العموم مرادا الا تنبا ولا المراة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون
معناه والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب عن ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه
ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي في قوله
ما لو قال هرچه بدست چپ گيرم بروي حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وقد نوى ولو قال هرچه بدست كيرم كان طلاقا وقيل
يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفا بما سمى وان
وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس النذر ولا يغنيه كفارة اليمين لاطلاق الحديث
فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجز الكفارة فكذا ههنا وعن ابي حنيفة
انه رجع عنه اي عن تعيين الوفا بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفا بذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة
او صوم شهر او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفا بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين
ان يصوم ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في السنة مسندا الى عقبة بن عامر ان رسول
الله عم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على
النذر المرسل وعلى متقيد اراد الحالف كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك راي في الشرط الذي لا يريد كونه كلاما يشتمل على معنى النذر
واليمين جميعا اما معنى النذر فظاهر واما معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين

وقلب المشروع صح

القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا فكان النص وهذا التفصيل اي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وقوله لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من حيث الدراية كدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده على ان فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اي على مقسم عليه من فعل او ترك وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين وقوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود وهي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد على فعل شيء او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم الدخول والسكنى وغيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي تحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم تتوارد عليه سائر الافعال من الاكل وغيره والى وقعت الاشارة في قوله تع يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآ والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار بيتا باهله وقوله من حلف لا يدخل بيتا والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود وقوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها واعترض عليه بان الله تع سمى الكعبة بيتا قال ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا يرى ان الله تع سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله تع وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة التي فوق الباب وقوله المص والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار فلا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت تخص لعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهر وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء او صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة وذكر عن خازم القاضي ان هذه اشكلت علي حتى دخلت الكوفة فرايت صفافهم مبوبة فعلمت ان الائمة وضعوها على تعارفهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الآن مدخلها اوسع فتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك منها ما قال لبيد بيت عفت الديار محلها فمقامها ۞ بمنى تابد غولها فرجامها ۞ عفا يعفو لازم ومتعد وههنا لازم تابد المنزل اي اقفر والفه الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية قال قائلهم ۞ الدار دار وان زالت حوائطها ۞ والبيت ليس ببيت بعد تهديم ۞ وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الشراء للموكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا تتقيد يمينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة واجيب عن الاول بان الدار في الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة الانعقاد بلا صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها تمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فتمتنع الارادة اصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية ورد بان البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم آخر عليه من ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما سمي دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام ظاهر وان حلف لا يدخل هذا البيت ۞ وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم قال الله تع فتلك بيوتهم خاوية في بيوت منهدمة السقوف ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه من خارج حنث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري وقال المص ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال اولى لكونه حركة اينية تسمى نقلة وقوله ولو حلف لا يلبس الثوب ظاهر وقوله قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه عم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن انشاء

الخالص مراداً ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء
الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوماً وخرجت يوماً ولكن لا بمعنى
المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملاً وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه
حقيقة فيه اذا لم يكن راكباً واما اذا كان راكباً فالابتداء من محتملاته وقوله من حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متأهل بها
فلم يخرج بمتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلاً بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف
فاما ان حلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر آخر على ما روى
عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف
ليس الا ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة بان سكناه بجميع ما كان معه من الاهل
والمتاع فاذا اخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري
وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر وقال في الشافي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي
سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافاً لزفر وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على الخروج او
كان شريفاً او ضعيفاً لا يقدر على نقل بنفسه ولم يجد احداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر وفي
ما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا
لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور يحنث واجيب بان في مسئلة
الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة
النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا
دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا وصورته
كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه
بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي
بالكوفة اربعاً لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر فكذا هذا وفي بعض الشروح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن
آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياماً فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك
القدر مستثنى للضرورة ايضاً **باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب** ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب
لان لمناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله ومن حلف
لا يخرج من المسجد طائراً وكذلك الحكم في الدار والبيت وقوله ولو لم يخرج بامره صورته ان يحملها انسان فاخرجه مكرهاً
لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكماً واما اذا هدده غيره فخرج خوفاً من المكره فيحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل
مكرهاً فقيل تنحل كما لو حلف لا يدخل الدار لفلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين وقيل لا تنحل الخ وهو
الصحيح وقوله في الصحيح احترازاً عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لانه لما كان متمكناً من الامتناع فلم يمتنع صار
كالآمر بالاخراج وقوله والمعنى بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد
وقوله ومن حلف لا يخرج الى مكة تنبيهاً لثلثة الفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة
عمران مصره قاصداً الذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجراً الى الله واراد به الانفصال والثاني شرطه
الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا فاذا وصل حنث سواء كان قاصداً او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال
نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى
انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول قال

قال المص وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتينه غداً ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة
اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلاً وفسره رسول الله عم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع حادثة يترتب عليها الفعل عند
ارادته ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرف هذا ففيما نحن فيه
كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه نوى ما اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على
نفسه ولو حلف لا يخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان
المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجاً ملصقاً باذني لان الباء للالصاق فتقتضي ملصقاً وملصقاً به
فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى داخلاً تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر لكونه مخالفاً لمقتضى الباء ولو قال الا ان اذن لك فاذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى
لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازماً واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم
كان يؤذي النبي وتمام التقرير ذكرناه في الانوار والتقرير معنى قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية
لان الا ان ليس موضوعاً لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن
منه فيجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم
ما بعده **فصل** ولو ارادت المرأة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر
فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي
من ساعته وتفرد ابو حنيفة باظهاره اي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظاً ثم استنبط
ابو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظاً والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر بن عبد الله وابنه حين دعيا الى نصرة
رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة
التي تهيأت لها لا من الخروج ولا على التأبيد فاذا عادت فقد زالت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك
وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر
تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت
اليوم يجعل مبتدئاً لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على الزيادة فان قيل الزيادة لا تخرجه عن كونه جواباً للسؤال
الا يرى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى
كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقول عصا ولم تخرج عن كونه جواباً اجيب بان كلمة ما يستعمل للسؤال عن
الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال ورفع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على
الكل قال صاحب النهاية اني بهذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل اللغة قالوا انما يسأل بها عن وصف
العقلاء والعصا لم يكن عاقلاً سلمناه ولكن الاعتبار لمستنده اي موسى عم لا يكون اوصافاً ولئن كانت لا يكون اوصافاً
للعصا وقوله الزيادة على حرف الجواب لا تخرجه عن كونه جواباً البتة وانما يجعل كلاماً مبتدأ اذا كان مصروفاً يمكن
حمله عليه اعمالاً للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جواباً والموضوح الى هذا قوله فيجعل مبتدئاً وقوله
ومن حلف لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اي يتحرك شيئاً على وجه الارض قال الله تعالى
وما من دابة في الارض الا على الله رزقها وتعلق الركوب بها يقتضي ما يركب منها عادة كالفرس والبغل والبعير والحمار والبقر
والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذاً

من قوله تع والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله
والانعام خلقها لكم الآية وما يعرف فاذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر او الفيل وان كان يركب في بلاد
الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة
فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون ولم يحنث عند ابي حنيفة هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث
الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي حنيفة حتى لو
اعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح فيما ذكرنا المستثنى منه في قوله تع انه اذا كان عليه دين وهو المقدر الذي اظهرناه وان كان
الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة
عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال عم من باع عبدا وله مال فماله للمولاه فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال
ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين
العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فيختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق
الاضافة الا بالنية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للعبد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب
وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص
وملعوق فالماكول ما يتاتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتاتى فيه المضغ من غير مضغ سمي اكلا والمشروب ما لا يتاتى
فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة
فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول بالحس
بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم يكن فاليمين تقع
على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا
لانه اي ما لا يوكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع لكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع
من ذلك الثمر ليس ثمرا فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا
عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض من الذخيرة وغيرها وقوله ومن حلف لا ياكل من هذا البسر
ظاهر وكلامه يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين تتقيد اليمين ببقاء
ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا ياكل من البسر او الرطب او اللبن فيتغير ذلك الوصف
بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو اللبن استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا
اذا حلف لا يكلم هذا الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون
فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا
حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارهما لانه نهى عن هجران
المسلم بمنع الكلام قال عم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات
وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يمنع حلو
عليه كما لو قال والله لاشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في الحقيقة يجوز ان تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا
للمجاز كالامر بالسلام على الصلاح واما ان اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه من حلف لا ياكل لحم هذا الحمل ظاهر
من حلف لا ياكل بسرا. هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب
من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة فتقيه وهو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم

قولهم وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء
من البسر حنث في قول ابي حنيفة وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية
الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة في انه يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب
النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا واكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب
لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وله ان الرطب المذنب
ما يكون ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا
والاخر مغلوبا الا يرى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن
فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المص الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في
الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء سال وملع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه
فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله
ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل في
ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد
والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المص لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا
فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وهو موضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين
قد تعقد للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يتاتى وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان
حرام محض فكيف تعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت
وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك اشار الى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وقوله وكذا اذا اكل كبدا
ظاهر وقوله ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع
المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما قال في
النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في ايمان الاصل وهذه المسئلة على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكل حبها كما هي فاكل من
خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها
لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة خلافا لهما والوجه من
الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه
اصول الفقه ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار
الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض
مشايخنا انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق ماكول والاصح انه لا يحنث
لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبده حر
فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول حقيقة الوطي وقوله ولو حلف لا ياكل خبزا على ما ذكره وطبرستان
هي آمل وولايتها وقيل تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان وقوله ومن حلف لا ياكل
الشواء ظاهر وقوله وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك فينصرف الى خاص
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف
لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير اي يطم في التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه ويباع في
المصر لان راس الجراد راس حقيقة وليس مرادا فيصرف الى المجاز المتعارف وفسر في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض

على هذا بان لحم الانسان والخنزير لايباع فى الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لاياكل لحما واجيب بما حاصله الفرق
بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس فى التنانير ويباع فى
الاسواق واما اللحم فهو كل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة الى المجاز
كما فى المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذى لا يكون شئ من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبى وههنا ليس كذلك
فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد فى الشراء فان الراس يشترى بجميع اجزائه فلم يكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الرؤس
ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كراس النمل والذباب والادمى فكانت متعذرة ومن حلف لاياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا
او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابى حنيفة وقالا فى العنب والرطب يحنث
ايضا يعنى لا فى القثاء والخيار فكانت المسئلة على ثلثة اوجه فى وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى
العنب والرطب والرمان ويستوى فى ذلك الرطب واليابس وفى وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء
لانه يوكل مع البقول وفى وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله
زيادة على المعتاد اى على الغذاء الاصلى تسمى النار فاكهة والمزاح فكاهة لوجود زيادة التنعم فيهما وقوله والرطب
واليابس فيه سواء يعنى ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا تعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها
كذلك وقوله لانهما من البقول بيعا فان بائع البقول هو الذى يبيعهما لا غير واما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث
يوضع النعناع والبصل وقوله ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعنى العنب والرطب ويتداوى بها يعنى الرمان ولهذا
كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع تابل بفتح الباء وكسرها والا
فى هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد فى بعضها دلالة على زيادة معنى ليس فى مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم فى صورة النقصان
فى اللحم فصل ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام والاصطباغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات
وهو افتعال من الصبغ ونقال اصطبغ بالخل وفى الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لايأتدم اى لاياكل ادا
فكل شئ اصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشواء ليس بادام وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف
فى رواية الاصل وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية عن ابى يوسف وحاصل ذلك على ثلثة اوجه ما يصطبغ به
فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يوكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفى اللحم والبيض والجبن اختلاف
جعلها محمد اداما خلافا لهما لمحمد ان الادام من المؤادمة وهى الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوهما ولهما
ان الادام ما يوكل تبعا فى العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك فى الاختلاط ليكون قائما به وحكمه وهو ان لا يوكل على
الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة بالامتزاج
جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعنى سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة فى الامتزاج ايضا ولم توجد فى هذه الا
الا ان يبوبه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانه لا يوكل وحدها بل تشرب والملح لا يوكل وحده ويذوب
فيتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس بادام يعنى بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسى قال بعض
مشايخنا انه على هذا الاختلاف وقوله واذا حلف لا يتغذى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال فى النهاية هذا توسع
فى العبارة ومعناه اكل الغداء او العشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله
وقوله ولهذا اسمى الظهر احد صلوتى العشاء فى الحديث ذكر فى الايضاح فى باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد فى الحديث
ان النبى صلى احدى صلوتى العشاء ركعتين يريد به الراوى الظهر والعصر وقوله يعتبر عادة اهل كل بلد فى حقهم يعنى ان كان
خبز الخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضرى اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى بخلافه لانه غداء البادية
وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابى يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين

لقميتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون شئ
لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح فى الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ
فلا يصح نية فان قيل سلمنا انه غير ملفوظ تنصيصا لكنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى
لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعى وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف
الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضى هو الذى يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا
به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا
وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدى حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا
وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه فى بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا
حتى لو ساكنه فى الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربعة ابو الهيثم وابو خازم وابو طاهر
الدباس والقاضى القمى ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثانى فى صحيح
النفى والاول فى معناه فيتناولا بعمومهما عدة من الخروج والسفر مجاز تخصيصها الا انه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء
ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اى حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال
كرع الرجل فى الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع فى النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكراع
مستدق الساق وهذا عند ابى حنيفة وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز
المتعارف عنده وعندهما بالعكس واما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من ماء نهر
واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال عم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات
فى شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نم ان الحنث فى الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة باعتبار العمل
بعموم المجاز كما فى قوله لا يضع قدمه فى دار فلان ومع هذا يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم فى عموم المجاز كذلك فالجواب
ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا يصار اليه وقوله ولو حلف
لا يشرب من ماء دجلة فظاهر فصل ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا
الكوز اليوم فامراته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حنث فى ذلك كله اى فيما كان فيه الماء
وفيما لم يكن علم عدم الماء فى الكوز او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
حنث فى ذلك كله اى فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور
فى صورة الاراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع
فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة يعنى عن ذكر اليوم
ففى الوجه الاول يعنى فيما اذا لم يكن فى الكوز ماء لم يحنث عندهما وعنده يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ان يكون فيه
ماء واريق يحنث فى قولهم جميعا فابو يوسف فرق فى الوجه الاول وهو الذى لم يكن ماء فى الكوز ما بين المطلق عن ذكر
اليوم وبين الموقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى الموقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس
ووجهه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت
على فعل لا يتقيد موقته بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره
وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض الشروح وقالا فى الجواب فابو يوسف فرق بين المطلق
والموقت اى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا كان فى الكوز ماء فاريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت
الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق

والموقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والآبق الى ان تيال المحل شرط للبر كبقاء الحالف
واشار بقوله كما اذا عتقه ابتدأ في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها وقوله ومن حلف
ليصعدن السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا في خلفية الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تع
قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان عم واجيب بان تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه
وهو مستحيل وقوله واذا كان متصورا ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تع وايجاب الله تع
يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا يرى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف فكذلك
ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم والله اعلم

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي
ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشرى واليمين في
الحج والصوم والصلوة من انواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث
نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم الله تع فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان الاسماع
امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن مانع من السماع لسمع ودار
الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله ليتغافل اي لغفلة وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ما روي في رواية
فناداه وايقظه يحنث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل
على انه متى ناداه يحنث لو كان يقظان ليسمع صوته حنث وان لم يوقظ وقال شمس الائمة السرخسي والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله
وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر وقوله وانه يتم بالاذن كالرضا يعني انه اذا حلف
لا يكلم الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالآذن
قلنا الرضا باعمال القلب يتم بالراضي ولا كذلك الاذن على ما قرأناه انما من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك
يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم يكن الاذن
محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هناك فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف باهليته ومالكيته فيثبت بمجرد
الاذن واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني
على تخصيص العلة وامره واضح عند الاصولي وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان ما يلي اليمين
صالح لمحلية البر اي جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين موبدة فذكر الشهر لاخراج
ما وراءه عما بعد لا له الحال وهي الغيظة الذي لحقه في الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه نكرة
في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه
منكر فاليه تعيينه وقوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات نهار اكلم فلانا
وليلة اكلم فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله
في مطلق الوقت دما جاء في قول الشاعر ٭ وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ٭ ليالي لاقينا جذاما وحميرا ٭ مرادا به الوقت فليس مما نحن فيه
لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك
اصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر بما قرن به فان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تع ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد
وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عني في قوله يوم اكلم النهار خاصة
صدق في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تع اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله لانه غاية اما
ان كلمه حتى فظاهر واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات فلان يعني الذي

اسند اليه القدوم والاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب
ان اليمين انعقدت على القدوم والاذن في الحيوة القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا
وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة قال ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت
اليمين على فعل متعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة
نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود
الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف
فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امراته او عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات
وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان
للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحدة منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم
صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه وجه ما ذكر ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة وهو رواية الجامع الصغير فانه
ذكر قول محمد في الزيادات وقول ابي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قولا وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف
مثل قول ابي حنيفة انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل
ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان هذه او صديق
فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو قول زفر
وجه قوله ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة
ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت
الاضافة وصار كالصديق والمراة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لا نم ان الاضافة للتعريف
بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا
العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة
اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه لا يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم
التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران اي لكون المضاف ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها
كما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمراة يجوز ان يهجر
لذاتها لشومها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم
صاحب هذا الطيلسان ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا
لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك
على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين

فصل

لما كان المسائل
المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلق بالازمان سماه فصلا من حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية
له على شيء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تع فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون
والمراد به وقت الصلوة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تع هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة
وقد يراد به ستة اشهر قال الله تع تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت
الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر معناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه
اذا لم يكن له نية وقوله وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن
الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من اراد ذلك لم يذكر الحين

ولو سكت تابد اليمين فحيث ذكر لابد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لايكون لذكره فائدة فتعين الاوسط وقوله
وكذا الزمان ظاهر وقوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سواء وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري
ما هو وهذا الاختلاف في المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال فرق على قول ابي حنيفة بين قوله
دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما
قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المص بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به
الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير واجمعوا انه قال ان كلمتك دهورا
او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا في دهور
منكرة بثلثة منها فكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد واجيب
بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه ثلثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك
في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه انه معرفة يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع
وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال عم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لمن يوقف على مراد المتكلم عند
الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام هو رواية الجامع الكبير
وذكر انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو
على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما يطلق
عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد
عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث
يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمه معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر
وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا
ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور تدور على اثني عشر وكان الصواب
ان يقول لانها تدور عليه لكن اوّل بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني وقوله ومن قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كانت اليمين
بالفارسية يعني مثل ان يقول اگر خدمت كني مرا روزهاي بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا
يستعمل في جميع الاعداد لفظة روز فلا يجئ ما قال ابو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى العشرة فلذلك اريد بالعربية اكثر ما يطلق
عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المص نظر لان لفظ
الفرد بالفارسية اما ان يفهم منه معنى الجمع اولا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا
ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ
الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه
اهم من غيره ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت
لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا
فلان الشرع اعتبره ولدا حتى ينقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولده واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا
فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا
ان الموجود مولود الى آخره لكن الميت ما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت
الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحيوة
يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا
ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حيوة الولد فلم يكن الشرط
الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا لغيره انحلت يمينه حتى اذا اشترى بعد ذلك عبد النفس
العتق مع انه جعل اشتراء العبد شرطا لحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح
الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيح كيت كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا يتصور اصلا وفي ملك الغير تتصور
موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر على ما ذكره في الكتاب ظاهر وكذا
قوله اول عبد اشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين
معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث مع ان التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة
في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل وقوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها
صبي او امراة وكذا في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه اضاف العتق الى اول عبد مطلق
لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه
غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر واضح وقوله ويعتق من جميع المال
يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشتري وهي لا تثبت
الا بعدم شرى غيره بعده يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه لما
اشترى الثاني بعد الاول ثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية ان تزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات
ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرات الدم لا تعتق
لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلثة ايام فان استمر بها الدم ثلثة ايام عتقت من حين رات الدم لانه تبين ان ما راته
كان حيضا حين رات الدم الى هذا اشار الامام السرخسي ذكره في النهاية وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد
وما مثل به من باب التبين ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاشتباه والتبين في ذلك سواء وقوله
وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به اي بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امراة ثم اخرى
ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى ترث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحق الميراث
وفائدة التقييد بالثلث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا فترث المراة عندهما
ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر الخ البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف
يستعمل فيما يسر ويغير بشرة الوجه وفي الحزن ويتحقق من واحد واكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره ثلثة فان اخبروه معا عتقوا
لان البشارة حصلت منهم قال الله تع وبشروه بغلام عليم وان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة
حصلت منه ويعضده ما روي ان النبي عم مر بابن مسعود وهو يقرأ القران فقال من احب ان يقرأ القران غضا طريا
كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر للبشارة فسبق ابو بكر عمر بها فكان ابن مسعود اذا ذكر ذلك
يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
اي الشرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء
وهو شرط العتق لا علته فلا يكون معتدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزاه
عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو قول ابي حنيفة الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وانما العلة هي القرابة
فلا تعتبر النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة ان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالة

يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشرا اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله
وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشرا بالفا وهو يقتضي التراخي بزمان وان لطف فلا يكون نفسه
ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفا كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه
وسقاه فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان الشرا القريب هل يثبت الملك للمشتري في القريب ولا فان اثبته
لا يزيل لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبت لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شرا القريب يثبت
الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشي ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شرا
القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشي ونفس ثبوته ازالة له والجواب
ان قوله ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقا كما انه اخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء
وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين
من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريتها من كل وجه ولقائل ان يقول القريب يستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد
مستحقة له بالاستيلاد فما بال الحالم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل
اختياري من جهة المسؤل فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشرى فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها
ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرا فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه
وقوله بخلاف ما اذا قال لقنة ظاهر **قال** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية
منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفا لان الانسان يسره وانما ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى
الدهر دهري بضم الدال للمعرفة والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد ولم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم
ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان
اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل من عقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزا وقوله وهذا
لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها لم يعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في
الملك فكان ذكره ذكرا للملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول
بالاقتضا وزفر لا يقول بالاقتضا اجيب بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضا والفرق بينهما ان
الثابت دلالة فلا يكون مفهوما من اللفظ لما بالتأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية
مفهوما من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن فيه عندي فلان
سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق
الدلالة لا بطريق الاقتضا هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون
بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا
واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك واقول
هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا او نقول هذا
الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضا كان متناقضا فكفينا مونة الجدال معه ولئن كان الملك يصير مذكورا لضرورة
صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطا
وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزا وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله

وقوله وفي مسئلة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره وما ذكرت من المسئلة المذكورة
فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزا حتى لو
قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما
ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزا واما وزان مسئلة زفر فهو ان يقول ان تسريت جارية
فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط هو حاصل ومن قال
كل مملوك لي فهو حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل واحد من هؤلاء
في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان
قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم الاختلاط يستعمل
فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق
ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير
ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد
والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكر في الكتاب
ظاهر وقوله فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف
كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم
كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون
الثالث معطوفا على الثاني لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه
قال هذه طالق او هاتان ولهذا كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شا اوقع على الاولى وان شا اوقع على الاخريين
واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق
بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث
معطوف على الثاني لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما نكرة الا
ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فتتناول احدهما فاذا عطف
الثالث على احدهما صار كانه قال احديكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسئلة الجامع فالموضع
موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا فلما ذكر الثالث
بحرف الواو صار كانه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا **باب اليمين في البيع**
والشراء والتزوج وغير ذلك يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الايمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى
ما بعده فلذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات لاصحابنا فيما يحنث بفعل المامور وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل
يرجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل يرجع فيه الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني
ان كل فعل يحتمل حكم الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كل ما يستغني المامور في
مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المامور وان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد
متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت
حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث
الحالف بمباشرة المامور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد
والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبنا فان الحالف لا يحنث فيها بفعل نفسه

حنث ايضا بفعل المامور واما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المامور فهو البيع والشرا والاجارة والاستيجار والصلح عن المال والكتابة
القسمة دون المشايخ من الحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا الفاظا ننبه عليها قوله الا ان ينوى استثناء
متصل بقوله فهو كل من فعل ذلك لم يحنث اى الا ان ينوى ان لا يامر غيره ايضا فح يحنث وقوله او يكون الحالف ذا سلطان يعني
اذا باشره المامور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المامور حنث
ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله لان المالك له ولاية ضرب عبده يلوح الى انه لو حلف على ضرب
حر فامر غيره بذلك فضربه المامور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره فيه وقوله ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله
سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضا لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة
المستعملة صدق قضا وديانة وان كان فى ذلك تخفيف عليه لان الكلام ينصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجد النية كان الصرف اليها
اولى وقوله لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه اى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التادب والتثقف وقوله ومن قال
ان بعت لك هذا الثوب على ما ذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد
فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتاخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما
كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له او لم يكن وذلك انما يكون بالامر
وان تاخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم يحتملها
لا يفترق الحكم فى الوجهين اى فى التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة
لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء
وهو احق والمراد بالغلام اما العبد كما ذكره فى الجامع الصغير لقاضى خان واما الولد كما ذكره فى الفوائد الظهيرية وهذا هو
الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكر
المص قبيل هذا من الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بالحقوق
من العهدة على الموكل وليس للضرب شئ من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسئلة المذكورة بان محمدا لم
يذكرها وهو مخالف لما ذكره المص وخطأه فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المامور مع ذلك جعله مما يحتمل النيابة ❀ ومن قال
هذا العبد حر ان بعته فباعه ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه
قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فنزل الجزاء قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به
لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان جواز
البيع ليس مع المنافى وجواز النكاح مع المنافى لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف
الدليل فيترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول فى
المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشرا
والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق
بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشرا بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان
فى التنجيز لو لم ينفسخ الخيار يبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التاخر وفى التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضى مدة الخيار
فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ صحة حكم التعليق به فى الحال واجيب بان العتق يحتاط فى تعجيله وهو ممكن بالفسخ فى الحال فينفسخ
فلا يؤخر الى مضى مدة الخيار وطولب بههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينما والخيار للبائع فانه قد اشتراه ولم
يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند
ابى حنيفة وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشترى تمكن من اسقاطه متى كان الخيار للبائع لا تمكن من اسقاط

اسقاطه وبين الثانيتين بان شرى القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشرى حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط
واما فى الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة فى
البيع بشرط الخيار يفيد ان البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول فى الوجود الخارجى فبتمام البيع
زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل فى غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأتى
طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا فى اعتاق العبد ظاهر واما فى
التدبير فى الامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضى بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب
وذلك لان الكلام فى المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضى بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع ح بيع القن لا بيع المدبر وفوات
المحلية انما كان باعتبار بقا التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحلية ببقا التدبير والتدبير قد يزول فلا يفوت المحلية فكان
الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى فى البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا يقدم عليه فان اقدم فالظاهر ان
القاضى لا يقدم على القضا عادة يجوز مع ذلك فالاصل عدمها ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضا ببيعه مخالفا
للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا واما الامة فان من قال من مشايخنا لا تطلق امرأته فى التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال
والصحيح انها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله ولو قالت المرأة لزوجها
ظاهر وقوله لانه زاد على حرف الجواب اى اصله لانه لو اراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهى طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان
مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدأ وقوله وقد يكون غرضه ايحاشها اخراجا عن قوله بان الوطء حاضرا

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان فى هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها
وانما تاخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلثة اوجه فى وجه يلزمه اما حجة او عمرة فى قولهم جميعا وفى وجه لا يلزمه
شئ كذلك وفى وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول فيما اذا قال على المشى على بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفى رواية النوادر او الى بكة سوا
كان فى الكعبة او فى مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات
ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة يخرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه
يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح
اليه ليس بمشى الى بيت الله وانما المشى اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشى وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان
مشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا النذر شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشى مباح ولا مقصودة فى الا
يعني لذاته لان المقصود منه شئ آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر
فما قال محمد فى الاصل بلغنا عن على بن ابى طالب انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبه كذا فى بعض
الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك ممن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال
آخرون روى عن على انه اجاب فى هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخى فى شرحه ان
اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشى الى بيت الله فامرها النبى عم ان تحرم بحجة او عمرة واما العرف فما ذكره فى الكتاب
ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب
اراق دما فدل ذلك على ما ذكره فى المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة
المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر فى الكعبة او فى غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان
اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فح ينبغى ان لا يلزمه المشى فى طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه
وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان الحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال عم من حج ماشيا
فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظ لايجاب المشى لاحرازه

الفضيل معناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك للتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان
يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال
على الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر
والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال على المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة
لا شيء عليه كما لو قال عليه المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رح لزمه حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد
الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى
يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ظاهر وقوله ولكنه
لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا انوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى
فبانت منه امراته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على
نفي شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضي خان ان هذه الشهادة شهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت
الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العلمان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج
الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا
لكنه ليس بمختار المص لافضائه الى الحرج وقوله ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد
عليه ما لو قال والله لا اصوم هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون
باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة
قامت على المراد به ليس الصوم الشرعي وهي كون اليمين بعد الاكل او الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه
عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر وقوله لا يحنث
ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلوة لا تكون معتبرة بدون
القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة عن صلوة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله بقوله
لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغيره

قدم يمين لبس الثياب وغيره على
اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منه واما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب
والقتل ومن قال لامراته ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد
هو المراد يعني فصار كانه قال من قطني ومن قطن شاء ملكه وذلك سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج
لما غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك
سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار ان غزل المراة سبب لملك الزوج لما غزلته
في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن وقوله من حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء
وسكون اللام هو ما تتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة
ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد التختم له او لغيره لم يكن حليا اذ كان ناقصا في كونه
حليا فكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان فيه او لم يكن وقيل الخاتم ثلثة الفص مطلق والفضة
المفصوصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة ولا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ
ظاهر والعقد بالكسر القلادة والترصيع والتركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله حتى سمي به في القرآن اي بالحلي يريد به قوله
تع وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله تع يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا ل
يحلون وقوله من حلف لا ينام على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقة

حقيقته منكر الحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش وقوله لانه تبع له فلا يعتبر حائلا يشير الى ان قوله ثيابه وطرحه على الارض
وجلس عليه لم يحنث لانه ح لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم ايضا

باب اليمين في الضرب والقتل

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم ومن
قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام
فيه ونوقض بقوله تع وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر ايوب عم في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الا[يلام]
لان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه واجيب بانه جاز ان يكون
هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عم خاصة اكراما له في حق امراته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره
به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس ان الضغث عبارة عن قبضة
من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها فكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي
من حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود
من الضرب الايلام وقوله ومن يعذب في القبر جواب يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقيد
بقول العامة احترازا عن قول ابي الحسين الصالحي فان الميت عنده يعذب من غير حيوة ولا يشترط الحيوة لتعذيب الميت
وقوله وكذلك الكسوة يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله لانه يراد به اي بالكسوة على
تاويل الاكساء التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به اي بالكسوة الستر فيحنث
لان فيه تشديدا عليه وقوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه ابي الليث معناه انه يحنث
لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله
وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه
لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد
روي ان رسول الله عم كلم اصحاب القليب حيث ناداهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعدكم ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي
حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له عم وقوله ويتحقق ذلك يعني التطهير في الميت الا يرى ان من صلى وهو يحمل ميتا
مسلما لم يغسل لا يجوز وان كان نفسه لا جازت ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها والمها لانه يسمى في العرف
ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر
في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته
طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد
اليمين على شرب الماء الموجود الذي في الكوز والله تع وان احدث في الكوز ماء فليس الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين
لان الماء الذي اضاف اليها الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه
عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تع فهو فلان كقوله فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادة
منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاثيث يحدث في النبت

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كان الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر
استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب القضاء والقبض
فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على
ما افصح بذكره عند راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان ما دون

الشهر قريب وما فوقه بعيد **قال** ومن حلف ليقضين دينه تقاضى الرجل دينه والح فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون
الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي
فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده
بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسيأتي في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحق صحيح الا ترى
انه لو اشترى بها شيئا فاخذ ما المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قضى
من الزيوف والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى
المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجا او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيب
او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد زالت وقوله وان وجدها رصاصا ظاهر وقوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة
بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان
قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد لم الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين حقيقة
لا تتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها وقوله
فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه
ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه
على شرف السقوط بموته فاذا قبضه فصار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها له اي ان وهب الدائن دينه للمديون لم يبر
الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب الدين وانما قال
لم يبر لانه اعم من الحنث لكانه اشار الى ذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات
المحلوف عليه عندهما حجة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه يلزم ارتفاع
النقيضين وهو فاسد بالمرة لان البر نقيض الحنث من وجود احدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر
فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين
ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه
فقال اقبضها منه فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث
امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه فينصرف
اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض
الجميع وقوله فان قبض دينه في وزنين ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا املك ذلك المقدار فلم يصدقه
فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره في الكتاب وقوله ولان
الاستثناء المائة استثناء بجميع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين
من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث **مسائل متفرقة** اي هذه المسائل التي ذكرها مسائل متفرقة من داب المصنفين
ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة
بوقت كيوم وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه ابدا وان كان على الفعل بر بفعله
مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل يشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء
وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فتوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في
صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت
محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع الياس بموته او بفوت المحل لان

لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر
اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزم الاعلام
حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره
اي شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه لداعريته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده ونيته وهذا
المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في
ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف
ايضا لانه مفيد في الجملة وقوله ومن حلف ان يهب على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول
فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب
له فيعتق بملكه فلا يمكن دفع الضرر فتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين
فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق وقيل هذا
تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير
اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان لساقه رائحة طيبة كما للورق اصطلح عليها الفقهاء وان لم يثبت في اللغة
على ان تتبعه في اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد والريحان
ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة فهو ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن البنفسج حنث
اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليها اي على المبيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا
يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع
اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة
وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه ولكن العرف
غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج ايضا على حقيقته **كتاب الحدود**
لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لانها
انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل
منها ما اضيف اليه حد الزنا حد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في
الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال ل
وكلامه يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اعلى يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغرض
اصلي وهو التطهير عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في
حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باحد الحد عليه اتفاقا **باب الزنا يثبت بالبينة والاقرار**
الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف
زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وعن شبهتهما
لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف
ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير
شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده المأذون المديون وبشبهة
الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف والمراد ثبوته عند
الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار

وانما الحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لله تعالى ثم لم يأتوا
بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله معرة ومضرة والمعرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى
باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا وقوله فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله ولان في اشتراط الاربعة
تحقيق معنى الستر احتراز عن قول من يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة
شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى
احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد وتحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال رسول الله عم من ابتلي
منكم من هذه القاذورات فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة والاشاعة ضده اي اظهار
الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت الاشاعة امرا مذموما ولذا
شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط في الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنى احترازا
عنه في المكان ومتى زنى احترازا عنه في الزمان وعن المزنية احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه
الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله عم سأل ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت
لكونه صريحا في الباب وما قبله كناية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون
مهية الزنا ولا كيفية موجودة او زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد
او كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك
وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة في بيان كيفية وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر
والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبي عم امر بذلك قال ادرؤوا الحدود ما استطعتم بخلاف
سائر الحقوق عند ابي حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى
قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع
احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق
التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين الديون سيأتي ان شاء الله تعالى قال
والاقرار ان يقر العاقل البالغ. صورة المسألة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر
في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام
ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله عم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك
فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي عم
الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك باشرتها فابى الا ان يقر بصريح الزنا فقال عم ابك خبل ابك جنون وفي رواية
بعث الى اهله هل ينكرون من عقله شيئا قالوا لا فسأل عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابي بريدة قال كنا نتحدث في
اصحاب رسول الله عم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا
فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله عم اخر اقامة الحد الى
تمام الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لما يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله
عليه فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة وقد اعترف بوطي لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد
من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطي واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة للاثبات لم يتعلق وجوب
المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان ثبت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي عم لانه
استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة

الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله لا دليل الجنون ولنا ما قال
رسول الله عم ابك جنون تلقينا لما يدرأ بالحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطي بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال
للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا
العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره ان سائر
الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في
الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا من انه عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه
اربع مرات في اربعة مجالس ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار
الا يرى الى ما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد
من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل
يعتبر مجلس القاضي ورده المص بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر وقوله لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار وسيأتي بيان التقادم في باب
الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل
بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت في
الآخر وقوله فيتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله
وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل
واحد منهما تلقين للرجوع لانه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد **فصل في كيفية الحد** ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب
الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح وقوله على هذا اجماع الصحابة اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني
محصنا وذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث
ماعز مشهور تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز وقوله فان امتنع الشهود قال في الايضاح
ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او اخرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم
المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم
الناس وكذا في الذخيرة وايضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس
مخصص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا واذا سقط بامتناع احدهم هل يحد الشهود او لا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود
لانهم ثابتون على الشهادة وان امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر
الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال والغامدية امرأة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة
لو تابها صاحب مكس لغفر له وقوله الا انه انفسخ في حق المحصن بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في
المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن بآية لم تنسخ تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس ان عمر بن الخطاب خطب
فقال ان الله تعالى بعث محمدا عم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله عم
ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها
الله تعالى فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان
يقول الناس زاد عمر في كتاب الله تعالى لكتبتها يريد بها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم
وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت
تلاوتها بعد نسخها عن القلوب لحكمة يعلمها الله تعالى وقوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمر السياط عقد اطرافها يا

الامام يضرب بسوط لاثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي
ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في الكتب والمبرح ماخوذ
من برح الحمى وغيرها تبريحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا
بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك
العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارقه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفرة والدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض
اي كان يدعو الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجز عن الضرب قائما فلا باس ح ان يشدوه بسارية او نحوها
قال وان كان عبدا او امة ان كان من زنى عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تع فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما
على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود ولان المعهود ان يدخل النساء تحت حكم الرجال
بطريق التبعية وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن دعوتهن اليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تع الزانية
والزاني ثم العذاب المذكور في الاية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله لان الجناية عند توافر النعم افحش اصله قوله تع يا نساء النبي
من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعني من حديث علي يضرب الرجال في الحدود قياما
والنساء قعودا والثندوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالين مضمومة ثدي الرجل ولحم الثديين والهمداني
انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة
وقوله والربط والامساك غير مشروع يعني الا ان يعجز ح يربط ويشد كما ذكرناه وقوله ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر
منها الحدود رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلثة الباقية الصدقات والجمعات والفيء وقوله ولان الحدود حق الله تع حق
مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول ما لنا وما علينا وقولي على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق
به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانما حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المراة ولا
باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف
فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تع احصان الرجم مشروط بسبع شرائط ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا
ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيئان الاسلام
والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب
بدونهما واما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمص وافق المتاخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة
وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي غلظ العقوبات
وهذه الاشياء من جلائل النعم فكلما انها يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه
والحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت
من جلائل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالراي متعذر وقوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك
الشرائط يتضمن ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية يمكنه من النكاح الصحيح لان
الحر يتعلل امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح يمكن من الوطي الحلال لا محالة والدخول به يشبع بالحلال والاسلام من نكاح
المسلمة مؤكدا اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة على الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقائل ان يقول في العلم باحوال الا
وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف
مردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من شرائط والجواب ان المسلم الناشي قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال
والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا تكون معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره والشافعي
يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية مستدلين بما روي مسندا الى ابن عمر ان اليهود جاءوا الى النبي عم فذكروا له ان

تمكن

رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله عم ما تجدون في التورية في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم
ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرء ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك
فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقالوا صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله عم فرجما قلنا ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا
في كتبهم عن ابن عمر من اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان
من الجماع وقيل لانه بنا في ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في
حديث رفاعة حيث قال عم لا حتى تذوقي من عسيلته بالتصغير وقوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان
يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المراة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه
لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد ابو يوسف يخالفهما في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة
وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف
ما ذكرناه يعني من قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله وقوله عم معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم
ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن صامت انه عم قال الثيب بالثيب جلد مائة
ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي عم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث
عبادة بيان لقوله تع او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعري ظاهر وقوله
والشافعي يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا يعني الرجل والمراة جميعا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد
فكما ان الرجل والمراة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من
يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لان الزنا ينشا من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تع فاجلدوا
جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء ورجوعا نصب على المصدر ومعناه ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل
استقراء كلامهم انه هو الجزاء الا ترى انه اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة كيف خرج الشرط الا هو المذكور بعد الفاء
وقوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما
يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب
وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب قطع مواد البقاء يعني ما يحتاج اليه من الماكول والملبوس
فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لا زيادة شهوده وقوله وهذه الجهة مرجحة لقول علي نقل بفتح الجيم وبكسرها
فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلنا ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل قول علي
فقال المص هذه الجهة من جهات العلل يريد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تع والذين هم للزكوة فاعلون
وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح للعلة لا يصلح مرجحا وهذه علة فكيف صلحت مرجحة اجيب
بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع ان النفي ليس بحكم واجب الحد فتصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل
موضحا بعضها بعضا وما ارى اختيار المص لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله والحديث يعني قوله البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد علم طريقه في موضعه وقيل
يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ايت
الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان ثم
ذلك بقوله عم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله الزانية والزاني والدليل على ان الحديث
متقدم على قوله تع الزانية والزاني ان النبي عم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله تع والزانية والزاني

تعالى عم خذوا عني الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم في حديث العرنيين واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه
في موضعه اي دل في حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله عم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على
ان الحديث مقدم على قوله تع الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله الا ان يرى ذلك
مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام تغريب الراي مصلحة له عارته فعل ذلك على قدر
ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
روي ان ابا بكر جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي سمع قائلة تقول هل من سبيل الى خمر فاشربها او هل سبيل الى نصر بن
حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة
ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان جلد زانيا ونفاه الى
وعلي جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الخ ظاهر وقوله قال للغامدية
روي ان الغامدية لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله عم ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت
فقال ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربيته ولدها فامر رسول الله عم برجمها
فدل ان الحكم هو التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المص ههنا
واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المراة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو
قوله وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمراة
تدخل فيه تبعا لما سيجي بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المراة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المراة
فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان
اعتبار رسم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبر وان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه
الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم
ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه اي هي
شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وتسمى
ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام علي فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان
جارية امراته تحل له بناء على ان الوطي نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطي فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية تتحقق بقيام الدليل
النافي للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث
لكن في الاول عند الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطي الثاني وقيل اي في المذكور الثاني اذا ادعى الولد
ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض اي خلص زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى الواطي وقيل هذا
ليس بجري على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة
والمطلقة بعوض ينبغي ان تكون كالمطلقة ثلثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت انها تحل لي ولا يحد لان الا
ينتفع بمال هو لا حتى استيفاءه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت انها حرام علي وقالت
الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المراة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المراة سقط عن
الرجل لمكان الشركة على ما يجي فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلث حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان جهة
بقاء بعض الاحكام بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين
فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امراته ثلثا هل يقع او لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه خلاف

خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وقوله قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها
في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجي وشبهة ام ولد اعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلثا وهي في العدة
من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى لانبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من
ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطي والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت
انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطي جارية
انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطي جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما
قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال
ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث
شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما اورث قيامها في المحال شبهة حكمية قياسا على الاجارة وعلى هذا
كان يجب الحد عليه اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان
ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت
بهذا القدر ملك المتعة او لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة
بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام
الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك
لا يفيده ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكره جارية
ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله عم انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة في كونها
رجعية او بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لان اليد التي كان بها متسلطا على الوطي باقية بعد فصارت
شبهة في المحل والممهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف والمرهونة
في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة
هو ما كان راجعا الى الفاعل والقابل وثمة شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة تثبت سواء
كان العقد حلالا او حراما متفقا عليها او مختلفا فيه وسواء كان الواطي عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلماء الباقين
لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تع اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرناه من
بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تع فان
طلقها فلا تحل له من بعد وقوله ولا يعتبر قول المخالف فيه يريد قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا
طلقها ثلثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون انه قول علي
لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف ان
يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار العلوق
السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطي فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك اي
كذلك الحكم اذا نوى من الفاظ الكناية ثلثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي لان اختلاف
الصحابة لا يرتفع بنية الثلث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده
يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الحد وقوله وقد ذكرناه
اي في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه
وقوله في الظاهر يتعلق بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين

يكفي لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية
مع ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم
الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر وان وطئ
جارية اخيه او عمه قال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لانه لا
انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم
هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحكم
دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهة ولا العقد فيجب الحد ❀ ومن زفت اليه غير امرأته هذا بيان
الشبهة في المحل لان الفعل صادر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل
الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع
الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلاهما واضح وقوله
ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى
الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه والظاهر ان الملك منعدم حقيقة
فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينام على فراشها غيرها
من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعا فكان عمدا فيجب الحد واما قال
وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليها الحد كذا في الايضاح ومن
تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محلا وكل عقد لم يصادف
محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف
ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد ههنا وبنات آدم قابلة لذلك وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا للحكم
اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة
لم لا يجوز ان يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره
الا بالعقد والفرض وجوده واولاد اهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم
ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام
الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لتحريم الشرع في ديننا فورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس
بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر وقوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج اي في غير
السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لانه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة قيل يريد اجنبية لانه اذا اتى
امرأته او مملوكته في الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات
لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل او عمل عمل قوم
لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا
ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو احد قولي الشافعي وقال في قول آخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا
محصنين او لم يكونا لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما اي اللواطة
في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه

لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط
بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار
وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس في انتن المواضع حتى يموت ولم يختلفوا في موجب
الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا
من الزنا لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن في معناه ولا ثبت
به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل وما رواه من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكونه بذلك الا انه يعزر
عنده اي عند ابي حنيفة لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد
ذلك وان شاء ضربه وحبسه وقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى
الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك
نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه
فكان مرجعه حكما الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي عم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل
به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه تذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن ابي طالب انه اتي برجل اتى بهيمة
فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية لا انه واجب
❀ ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي يحد لانه التزم
باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك انه عم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة
حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب
الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تع فاجلدوا ولا يعمل به اجيب بان مواضع الشبهة من ذلك فيجوز التخصيص
بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطلق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول
وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بموجود ويجوز ان يقول حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله
كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا
واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس بعينه
وانما هو الانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفائدة
وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله لانها لم ينعقد بتاويل الفاحشة
قال الله تع ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتاويل الوطأة وقوله ولو غزا الخ وقوله في عسكره اشارة الى انه لو خرج من
معسكره ودخل في دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار وفي الخبر
خير السرايا اربعمائة وقوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية
وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة الطرفين للآخر بكونه حربيا او ذميا وذكرا وانثى وعند محمد
عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي
ولا يحد الحربية وفي العكس لم يحد وهو قول ابي يوسف اولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستامن التزم احكامنا
مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا
فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قيل
هو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك
دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليس بدين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد انه ما التزم الاحكام

انما هو بالتزام القرار فى الدار لان الانتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربى ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر
من اهل دارنا ولهذا تمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من
الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل الا طامعا فى الانصاف اى العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف
اى العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا فى الانتصاف واما حد الزنا فمحض
حق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن قول ابى يوسف شرع كل منهما فى اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل فى
باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما يأتى فامتناع الحد فى حق الاصل فيما اذا زنى الحربى بذمية يوجب امتناعه فى حق التبع والا
لا يكون تابعا فكان خلفا واما الامتناع فى حق التبع فيما اذا زنى الذمى بحربية فلا يوجب امتناعه فى حق الاصل والا لكان مستتبعا
وكان اصلا والغرض انه تبع وذلك خلف باطل نظيره ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع
فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الاصل وتمكين البالغة من الصبى والمجنون فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع فى حق الاصل يستلزمه فى
حق التبع ولابى حنيفة ان فعل الحربى المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا
ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه بقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك
فان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد بقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجوب المقتضى
وانتفاء المانع بخلاف الحربى لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى فان الكفار
مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وهو قوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين
فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة
الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط
من العبادات وقوله بخلاف الصبى والمجنون جواب عن استشهد محمد على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع
ووجهه ذلك ان هذا نظير ما نحن فيه لان الصبى والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب
الحد والحربى مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة
عنده وعند محمد لا تحد قال واذا زنى الصبى او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعى يجب الحد عليها وهو رواية عن ابى يوسف صورة المسئلة ظاهرة ووجهه قول زفر والشافعى قياس احد الجانبين
بالاخر فالعذر من جانبها كما فى صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذلك العذر من جانبه وهو فى الصورة المختلف
فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا انفا لمحمد فلا حاجة الى التكرار
واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل
لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثانى ان الصبى والمجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغى ان يجب المهر عليه لان الوطى
لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد او المهر وقد اورد فى الذخيرة انه لا يجب عليه المهر بما اذا طاوعته المراة واجيب عن الاول بانه
لا يلزم من احصان الزانى احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط لم يلزم من تحقق فعل الزنا منه تحققه منها
بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب فى حقها وعن الثانى بانا لو اوجبنا المهر على
الصبى فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولى الصبى الرجوع عليها فى الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت امرة
للصبى بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المراة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة
او صبية فان المكرهة ليست بامرة والصبية لا يصح امرها العدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا
ثمة اذ ليس لولى الصبى ح ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الخ ظاهر وقوله وعليه المهر فى ذلك يعنى
فى كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المراة فان قيل ينبغى ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المراة بالزنا لانها تنفى وجوب
المهر فكيف وجب لها المهر وهى منكرة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعى النكاح فبدعواه النكاح

النكاح انتفى الحد عنه فى هذا الوطى لانه فى دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثانى
فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال فى باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطى
لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا انتفى اللازم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ادعته وقوله ومن زنى بجارية فقتلها
فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة فى الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه
لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد عند اداء الضمان انما ترد فى حق الجارية لا فى حق الحرة
لان الامة تصلح ان تكون ملكا للزانى عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينيها وهو
قول ابى يوسف فى هذه المسئلة وقوله وهو على هذا الخلاف اى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابى
حنيفة ومحمد يحد خلافا لابى يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف فى المشتراة بعد الزنا مذكور فى ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه
ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هذا لانه ضمان دم وضمان
الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعنى سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه
فى العين كما ذكرتم فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا
مستندا لان المستند لا يظهر فى المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة فيقال فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين لئلا
يشترط الوجود كما فى الحيض درءا فى باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون فى حكم معلق بغاية ينتظر الوصول
اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما فى الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا بخلاف ما اذا زنى بها جواب لصورة
يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف كما قدمناه وتقريره ان الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ
هى عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب دون التنزل فان لقائل ان يقول الملك يثبت
فى الجثة العمياء مستندا فلا يظهر فى المستوفى اعنى المنافع لكونها معدومة واما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله
لانه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا بان الملك
وان كان ثابتا فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون فى المنافع شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ولا كذلك فى الجثة العمياء لثبوت
الملك فيها حقيقة فيكون فى المنافع الشبهة وهى معتبرة لكن ليس فى كلام المص ما يشير الى هذا اصلا وكل شئ صنعه الامام الذى
ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها
اليه لا الى غيره قال ع م اربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر
الحدود التى هى حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنى وقد
تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربى
ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه

باب الشهادة فى الزنا والرجوع فيها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد الشيئين لا غير وهما الاقرار
والشهادة واخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل فى السلف ثبوت الزنا عند الامام
بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل فى المكحلة كما فى الكتاب فى غاية الندرة قال واذا شهد
الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله
على زيادة ايضاح هى تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض
المشايخ قدر ستة اشهر فى التقادم وزيادة اثبات الضمان فى السرقة كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف
بالشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى
قوله هو مخير بين حسبتين اجرين مطلوبين له يقال احتسب بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهى الاجر والجمع الحسب

وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة
متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى
شرط الحد لانه خالص حق الله تعالى علم الامام والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله
ولان الحكم يدار جواب لخ وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا هو تهمة الضغينة
والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد اولا كما ادير
الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب لخ ووجهه
ان السرقة تقام على الاستسرار لانها توجد في ظلم الليالي غالبا في غفلة من المالك ولا يكون المسروق منه عارفا
بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتمه صار آثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة
ظاهر وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في حقوق العباد اما اعلام من له القضاء
من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه
فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة
القضاء في حقوق الله تعالى واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرناه
وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على
ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل
وهو رواية عن ابي حنيفة ذكره في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان
قالوا شهر او اكثر درئ الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد واصله مسئلة اليمين
حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله وهو الاصح يعني تقدير التقادم بشهر وقوله
وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم
عن الامام فلا تتحقق التهمة ❀ وان شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى لانها لا تصح على الغائب وهي شرط في السرقة
دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها لئلا
ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال
الكذب فاذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا
كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر به سقط القصاص بحقيقة
العفو لا بشبهة فاذا كان غائبا تثبت شبهة لا شبهة شبهة وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها
امراته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته ومن غيرهما
الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لم يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامراة لا يعرفها حد لانه لا يخفى
عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند
ابي حنيفة وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب للحد وتفرد احدهما
بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط لتحقق الموجب في حقها
ولم يثبت لاختلافهما وعدم الوجوب في حقها لمعنى مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في
حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما
ولا يتصف بوصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره

والكره توجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم
على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولان شاهدي الطواعية دليل لخ وتقريره لان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم فاذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة
فلا تقام بها الحد فكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي
الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا اثم بسبب الاكراه وقوله وان شهد اثنان انه زنى بامراة
بالكوفة ظاهر وقوله خلافا لزفر يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على
رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره ان الشبهة
دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا [illegible] كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة
النسبة الحاصلة منهم واتحاد المراة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد فيجعل والحاصل
انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وان اختلفوا في بيت واحد
حد الرجل والمراة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة
والشهادة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة
في مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب ابي حنيفة بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل على اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب
بان كل ما ذكر في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى آخره وبين ان يكون اوله اكراها وآخره
طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المراة سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراها او اوله اكراها وآخره طوعا فلما كان
كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرناه ❀ وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع
قريب من الكوفة والباء المفتوحة والجيم تصحيف لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة
وكلامه واضح وقوله فلاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب
الحد على القاذف وقوله درئ الحد عنهما وعنهم توضيحه ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع
للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول
النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود وقوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله لان الزنا يثبت
بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان والمحدود عن القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت
شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وقوله لان الفاسق من اهل الاداء
او التحمل يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا امر بالتثبت دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه
لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا يرى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضي خان ان الشهود ثلثة
شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق
وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود
عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد حسبة
الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة
وقوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون يعني ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله
وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر وقوله
في الصحيح من الرواية وذكر في مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل وجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه

لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر
الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجها حسنا وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل
موجب وجود الضرب لانه موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه
لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة ونقصان وقوله اذ هم قائمون مقامهم
اي الفروع مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك ان الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل
شهادة الاصول ففي الموضع الذي ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني الاصول
والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجود وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحمل في الفروع وشبهة الرد
في الاصول وهي كافية للدرء لا للايجاب لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع في
بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح قوله لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث
وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها
ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها ينفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحجتين جميعا فجعل للحال قذفا
للميت واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها انفسخ ما بني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما
بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه
في حقه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه
واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل ان يقول القضاء لو كان قائما في زعمهما وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما
في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا
بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف ان ثبت
بالشهادة يثبت من وقت الشهادة كما قال زفر من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا
ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم يكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان
كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك
الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا
ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا لكن يتغير ذلك اذا صار شهادة وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا
لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما
يصير شهادة باتصال القضاء به ويمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال
القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا مواخذة من لم يرجع بذنب من رجع
وقد قال تع ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره
وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك قوله فيما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل
ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثالث لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد
انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك
لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل
لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال
المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد احد منهم لان في كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه
وحده لو ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى نفسه

نفسه اذا مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا
فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا ابو يوسف ومحمد هو اي الضمان على بيت المال ولما كان
قوله رجعوا عن التزكية محتملا ان يكون الرجوع بان يقولوا اخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا
تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال قيل هذا اذا قالوا يعني لو قالوا اخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قال
المزكون ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا اثنوا على المشهود عليه
خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا احصانا لا حميدة في الزاني وهؤلاء اثبتوا احصانا لا حميدة في الشهود
فكما لا ضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء وقوله وله ان الشهادة لها ظاهر وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر
لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب
ان القضاء لما ظهر خطاؤه بيقين صار كان لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فعلام لا يحد الشهود
قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قذفا للميت للحال
بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل
لم لا يكون ظهورهم عبيدا او مجوسا علة الانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم
يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء
القاضي يكفي لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته يمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في
اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود به حيا وقوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل ضرب
عنقه لم يغرم به وانما رجمه ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اي فعل الراجم الى
الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين
فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله
اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب
وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر الى
عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا
نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة
وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا وقوله واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا يرى انه يثبت
بشهادة رجل وامراتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب وقوله
خلافا لزفر والشافعي على اصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم
اليه فاشبه حقيقة العلة وترتب على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني
ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله
فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الخ يعني ان الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذي اعتقه قبل
الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل
شهادة اهل الذمة فهذا مثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء
كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع
عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة

الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اى بالنكاح فى غير هذه الحالة يعنى لو شهد رجل وامراتان ان فلانا تزوج هذه المراة ودخل بها فى
غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعنى زفر من شهادة الذميين على ذمى انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق
هناك يثبت ايضا بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان تاريخ ينكره المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه
وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم
قوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون احد الامرين المرتبين على الاصل الذى ذكرناه من قبل

باب حد الشرب

ثم الحق حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تع قرن ذكره بعبادة الاصنام
وقتل النفس حيث قال الله تع والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا
لم يحل فى دين من الاديان واخر حد القذف من حد الشرب لما ان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف
خبر متمثل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف فى ثبوت القذف لجواز
ان يكون صادقا فى نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا من شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه
اى على الشارب بذلك اى بشرب الخمر ووجود الرائحة من قوله عم ان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران
فعليه الحد وظاهره يقتضى ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود
الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابى حنيفة وابى يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل
فيه اى فى وجوب الحد قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه
وهو متروك العمل به فليكن الكل كذلك واجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان
ثلث وليس شرب الخمر منها فبقى الباقى معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح وقوله عنده مقدر
بالزمان عنده اى عند محمد وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا وقوله وهذا يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخر يتحقق
بمضى الزمان فلا بد من تقدير زمان واما ان ذلك ستة اشهر او شهر واحد فيعلم فى موضعه واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة
ان يكون من غيرها كما قيل يقولون لى انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا وهذه الرواية وهى رواية المطرزى بكلمة قد
وقد روى بدونها وهى رواية الفقهاء فعلى الاولى يسقط همزة الوصل من انكه فى اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر
والمدامة بمعنى الدوام وهى الخمر وعندهما يتقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه لان المعتبر فى ذلك القرب
وقيام الاثر وهو الرائحة من اقوى الدلائل على القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب عن اعتبار الزمان اى انما
يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة قد يكون من
غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطل عند محمد كما فى حد الزنا على ما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما
بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا براى ابن مسعود وقد شرط
قيام الرائحة على ما رويناه يعنى قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق
ابن مسعود ولكن لا دليل على ان الشرط الذى شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود
شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل
من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر فى اول الباب انه ثابت بقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه
ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وريحها
يوجد منه ظاهر قال ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع
ان ينقع الزبيب فى الماء ويترك اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد
يحرم واما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابى حنيفة وابى

يوسف الاخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعى لا يحل وما يتخذ من التمر ثلثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى
طبخة يحل شربه فى قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابى حنيفة وابى يوسف يحل شربه للتداوى والتقوى الا القدح
المسكر وقال محمد والشافعى لا يحل واختلفوا فى وجوب الحد وسيجى بيانه فى الاشربة واما الكلام فى حد السكران ومقدار حده فسنذكر
ان شاء الله تع وقوله ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها يعنى اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل
مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد
الاستدلال على وجه الاستقصاء او التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لا يعاينه واقول والجواب الثانى احسن
لاشتماله على تغيير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس له ذلك ويجوز ان يكون
قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار على قولهما ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ
وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذى ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية
الجامع الصغير للامام المحبوبى فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال
السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح
لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبى تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المص يدل على ان البنج مباح ولا تنافى بينهما
وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر فى الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة يفرق على بدنه كما فى حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا
الوجه والراس والفرج ثم يجرد من ثيابه فى المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد من ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به النص اى بالحد
نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعنى من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما فى الزنا فلا يعتبر ثانيا
وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف فى المقدرات الشرعية والثانى ان الثمانين تغليظ لا تخفيف
لانه روى انهم ضربوا فى زمن النبى عم بالاكمام وبالايدى وغير ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين
تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تع جاز له
ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا ولما جعله الصحابة معتبرا بحد
المفترين ظهر التخفيف فلم يتوروا الشى وانما اظهر التخفيف الذى كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف
لله در لطائفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت
الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين فى مجلسين
اعتبارا العدد بالاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف فى السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله قال ولا يقبل فيه شهادة النساء
مع الرجال لا يقبل شهادة النساء مع الرجال فى حد الشرب ايضا لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان ليشير الى ذلك
قوله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان الى قوله ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية لان استشهاد
النساء فى الموضع الذى جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدل
من حيث النظم والسكران الذى يحد هو الذى لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير وفيه
بيان الخلاف وقال المص وهذا عند ابى حنيفة وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه اى يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه
مستقيما فليس بسكران لانه السكران فى العرف واليه اى الى قولهما مال اكثر المشايخ وعن ابن الوليد قال سالت ابا يوسف عن السكران
الذى يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحى
قال لان تحريم الخمر نزل حين شرع فيها فلم يستطع قرائتها وحكى عن ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ولابى حنيفة
ان الحدود يؤخذ فى اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكران ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شى وشى وما دون ذلك
لا يعرى عن شبهة الصحو يعنى انه اذا كان يميز بين الاشياء فانه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية فى السكر

وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا اوقفهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يوخذ فيهما بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالا بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما زلق او يعثر في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب واذا صدر من سكران يزداد احتماله فيحتال للدرء لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لما ذكران الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر روي ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا فكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلوة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرى سورة الكافرون بطرح اللاءات مع ان اعتقاده بالكفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله اعلم

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة. اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة التي لو قام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله والذين لا يرمون الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله تعالى فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني فقال له صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكنه يصلح اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة او الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى اخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله والاحصان بيان شرطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة اجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يوثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطي الذي هو غير مملوك فقد يتحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا وطي بشبهة او وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن بتقرير ه الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية والظاهر ليس بمحصن لقوله عم من اشرك بالله تعالى فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال

وقال لست لابيك يحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لانه نفى النسب والنسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب من ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطي اجيب بان ما ذكرنا وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب الخ وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي تدعى له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يزداد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينتفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطي ونفي الوطي نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه قال له انت ولد الزنا ولو قال له يا ابن الزانية. ولو قال لرجل يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لانه الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لان العار يلتحق به اي بكل من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله وعند الشافعي ظاهر وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحق الشين بزنا ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فاتهما خاصم يقام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بتوليه الانكاح الى العصبات وفي حكم الترتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف بقذفه ام المقذوف او بقذفه نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجله لانه ليس بمحصن وهو كما يرى ولنا انه عيره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان ياخذ بحده لانه تغيير على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التغيير الكامل الى فجاز له ان ياخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون اللائق

موجودا فلما يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها
باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه
لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا **فصل** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن
ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده قال عم
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه
حق الله تع وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى وقوله ولو كان لها ابن من غيره واضح وقوله
ويبطل ذلك تشهد الاحكام التي تدل على انه حق العبد فانه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك
لا يستوفى الا بخصومة ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام
هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب
الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدء بالقصاص في العين لانه
محض حق العباد ومقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله تع لا يفوته شئ اذا برئ من ذلك يقام
عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تع فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تع
واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الخ تفصيل
لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق
العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشئ من الحقين لا يسقط به
واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا تتحقق فيه الخصومة
بعد موته وقوله من اصحابنا من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال
الشافعي لان اكثر الاحكام يدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف
حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام اي اجاب
عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تع بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى
اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب
عن كون القصاص يورث بشبهة بانه في معرض ملك الغير لانه يملك اتلاف العين وتلك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان
لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في
حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله تع اظهر قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تع فيه ولان
عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر وقوله ومن اقر بالقذف من الاحكام التي تشهد بكونه حق العبد وقوله
ومن قال للعربي يا نبطي ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس عن رجل قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه
وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله لان ماء السماء لقب به اي بهذا اللفظ وماء السماء لقب ابي المزيقياء والمزيقياء عمرو
بن عامر فلقب بالمزيقياء لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه عامر بن حارثة
الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله واسماعيل كان عما له اي ليعقوب
فان اسماعيل واسحق ابنا ابرهيم ويعقوب بن اسحق فكان اسماعيل عما له وادخلوه تحت الاباء فدل على ان العم يسمى ابا
فصل ومن قال لغيره زنأت في الجبل. ومن قال لغيره زنأت في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود الجبل حد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة واستشهد المص لذلك بقول الشاعرة وارقى الى الخيرات زنأ
في الجبل وقال ذكر الجبل يقرره اي يقرر الصعود مرادا تأكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل

وقيل كلامه يشير الى ان المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين احد المحتملين عندهما وعند محمد
انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وح يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح
على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب
تعين الفاحشة مرادا ومن قال لآخر يا زاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني بان المراد في الاول
وهو قوله يا زاني وما ثمه خبر اصلا والجواب ان المراد بالخبر الخ وح يستقيم الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم
ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان ولهذا
ان اهلية اللعان تعتمد اهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اصلا
يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المراة لان احصان الرجل لا يبطل بان اللعان بينهما غاية ما في الباب ان اللعان
في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المراة احتيالا للدرء
اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب قوله لها يا زانية وقوله وانعدامه اي انعدام
التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطئ بعد النكاح
لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تع بل يداه مبسوطتان حملها
على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا يكون مصدقا لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب
الحد على المراة ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك
وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه اي اللعان ما شرع الا ضرورة صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف
لقوله تع والذين يرمون المحصنات الآية واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اي في
الوجه الذي اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به سابقا ولاحقا اي لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى او
لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان ههنا هو نفي الولد فلما لم
ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة
اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الآخر فصار كانه نسبه الى الزنا من غير نفي الولد بان
قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا الا يرى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحة على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه
يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانية وقوله وان قال ليس بابني ولا بابنك
ظاهر وقوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بقيد شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي
لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله ففاتت العفة نظرا اليها اي الى امارة الزنا وهو اي العفة ذكره نظرا الى قوله شرطا ومعناه
العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل
اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم
مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه يكون المراة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن
المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في
جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على القاذف
والله اعلم **فصل** ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه. اعلم ان الوطئ بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه
والآخر لغيره والاول منشا حرمته شيآن حصوله في غير الملك من كل وجه كوطئ الاجنبية او من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه
وبين غيره وحصوله في امراة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطئ وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني
كوطئ امة المجوسية ووطئ امته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يجد حد القذف لفوات العفة وهو شرط

الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه و ابو حنيفة شرط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع
كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطي المنكوحة بلا شهود
فانها ثابتة بقوله عم لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على الوجه الزوال الا ترى
ان المجوسية اذا اسلمت او نكح احدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر وقوله
وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح
لا يسقط كوطي امراته الحائض او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها او هي في عدة من غيره لان تلك
الحل قائم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا من ضرورة ثبوت احدهما ينتفي الاخر والحرمة
المؤبدة ثابتة فينتفي الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن
المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله لمكان اختلاف الصحابة يعني في انه مات حرا او عبدا
على ما يجي في كتاب المكاتب ان شاء الله تع وقوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك وقوله وقذف
مستأمن حد جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة اولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تع على ما ذكرنا بمنزلة حد الزنا
ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه شهادة انما استفادها بعد الاسلام
فلم تدخل تحت الرد رد بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة
وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على المسلمين
وهذه غير ما كانت حين اقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان
اهلية الشهادة على الاشرف تقتضي اهليتها على الاخس ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد
اولا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف
قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول ههنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة
في جنسه يجب ان ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد
شهادة في شي اصلا لم تتعلق الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان شهادة
التي كانت في جنسه مردودة بحد القاذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم
نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهو الرد وقوله وان ضرب
سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد
الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان
العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة للمقام قبل الا
ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر
بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادته
قائمة للحال فيتقيد به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة
ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله ومن قذف او زنى الخ ظاهر
ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت
زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات
متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله
وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود لما فرغ عن ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة

السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو ما دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله
من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى
الظهيرية اعلم بان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب
وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف ان التعزير من السلطان
باخذ المال جائز ذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تع يلي اقامته كل احد بعلة النيابة عن الله تع قوله
ومن قذف عبدا او امة ظاهر وقوله في الجناية الاولى يعني ما اذا قذف عبدا او امة او ام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا
من جنس ما يجب به الحدود وقوله في الثانية يعني قوله يا فاسق الخ وقوله لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه بل
يلحق الشين للقاذف لان كل احد يعلم انه آدمي وان القاذف كاذب وقوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير
من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح واري انه لا يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من
المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا
منه سوطا وهذا احق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا هو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط
الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فصار الى اقل ما يمكن
التيقن به نظيره وقت الصلوة فان الكل لما لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء
الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف
بغير الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد ورد الشرع به
اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله عم حبس رجلا للتعزير فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة وفي الشي
الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس
المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه
فيجوز ان يحبس مع تهمته لتناسب العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى
فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع
الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير يحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس
بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان راى ذلك كما ان للامام الراي
في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب واشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير
اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا يؤدي الى تفويت
المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو بجمع الاسواط
في عضو واحد ولا تفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى
ابو عبيد وغيره ان رجلا اقسم على ام سلمة رضها فضربه عمر ثلثين سوطا كلها يبضع ويحدر اي يشق ويورم ومعلوم ان عمر ضرب
بطريق التعزير ولعل المص اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عنده
عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشي بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه
هدر ذكر مسئلتين احديهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها
والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه يشبه القمار ولانه لما وجب
على المامور ذلك الفعل بالامر فاتيان المامور عامل وسعيه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور في

ضرر الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع العقد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في احتمال
فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور
في الطريق وقال الشافعي في التعزير يجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه يجب الدية في بيت
المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تع بامره صار كان الله اماته من
غير واسطة فلا يجب الضمان

باب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة
النفوس شرع بذكر المزجرة المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره
في الكتاب وقوله تع الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة حتى ان
يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي هو
اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار مرعي فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع الينا على ثلثة اقسام
احدها ما هو المقرر على ما انبأنا به اللغة من غير تغيير لقوله تع وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو المعدول عن ما انبأنا
به اللغة من كل وجه كالصلوة والزكوة والصوم فان الصلوة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها
والثالث ما انبأ به مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلوة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع
زيادة اوصاف وكذلك الصوم وهو الامساك والزكوة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة
اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله كما اذا نقب الجدار على الاستسرار نظير
ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء او ترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال
من المالك مكابرة اي مغالبة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد
في وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع
القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله او من يقوم مقامه يعني المودع
والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم ● اذا سرق العاقل البالغ عشرة
دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سنظهر لك معناه وجب القطع لقوله تع والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والاية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب
الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب
وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري استدلالا باطلاق الاية
فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ المباح يسمى اصطيادا او
احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على
خطر الماخوذ ولانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة
دراهم بقوله عم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود وقوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا يعني ان قوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وهو
وهو الاصح احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة
ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي عم الا في ثمن مجن حجفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله عم قطع
سارقا في مجن ثمنه ثلثة دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي عم ان النبي عم كان يقطع
في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر
درهما وثلثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس ان رسول الله

الله عم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عم لا قطع الا في دينار الحديث والى
المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع ان اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال والعبد والحر في
القطع سواء ● قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت
بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف
وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا لمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا
يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر
ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما
يشترط التكرار ليقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجهه ذلك انه لو اقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له
فيه بخلاف الرجوع في حق المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في القطع
ولا في حق ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله ولذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان يسالهم
الامام عن كيفية السرقة فيقول لهم كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة
ومحمد وعن ماهيتها لجواز ان يكون الماخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا احاد
الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع عن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن
القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فان قيل الشاهد
في تاخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسال فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان
الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط ويسالهم
عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه
حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله ويحبس اي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة
فيحبس كما روينا ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما قتل جماعة واحدا فانه يقتل
كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف
الى كل واحد منهم كملا والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها
وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب
ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد نصاب كان مما يقطع فيه وان اصاب اقل مما لا يقطع
فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب قوله ولا قطع فيما يوجد تافها طاهرا والحرة بالفتحات الثلث الطين
الاحمر وتسكين العين فيه لغة وقوله وما يوجد جنسه مبتدأ وقوله حير خبره وقوله بصورته احترازا عن الاثواب والاواني
المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في غيرهما القطع وان كان اصلهما من الخشب واصل الحصر يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها
الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد
مباحة في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد
مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر انها لما كانت تافهة جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه
عبد وقوله تقل الرغبات فيه جملة استئنافية وقوله والطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء الكسر
ايضا وقوله يقل ما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليل وجود لحوق المالك بالمالك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ
توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتباعدا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله والطير يطير والصيد
يزيغ يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزاجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يكفي على الابواب وقوله وكذا

الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد حسب مباحا وهو على تلك الصفة اي الصفة التي كان عليها وهي شركة يحترز به عن الابواب
والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا تورث الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والحديث ثبتت بها وفي التغير في الشركة العامة
اشارة الى قوله عم الناس شركاء في ثلثة في الكلاء والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يصيد والسمك المالح
هو المقدد الذي فيه الملح قوله والجص عليها ما ذكرناه يعني حديث عائشة وما ذكره بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع
من راس النخل ويوكل والودي صغار النخل وقوله كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم واما لما لانه يقطع في الحنطة والسكر
بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما لا يتسارع اليه الفساد او لا وقوله كاللحم والتمر اللحم
راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا او قال في يقطع فيها اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة
والطعام والجرين والمربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر والجران مقدم عنق البعير
من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى الجران المتخذ فيه وكان المراد احد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا
اخرجه وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا تووي الا الناس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة
على الشجر والزرع • لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد
لعدم الاحراز فيهما فلا يقطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور
وفسر السكر في اصول الفقه بانه غفلة سرور في العقل فالتعبان يعني السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمر
تاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اي ليس بمال متقوم كالخمر وفي تاثر
بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وما الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما ولو قيد الاشربة بكونها
مطربة لما انه ذكر في الايضاح وتقطع في الخل لانه لا يتسارع فيه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة
ان لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواه
عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد
معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب او فضة وقوله وان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلوة النصارى وهو
متعارفهم وقوله وما عليه من الحلي تابع لانه لا يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ
الحلي وترك الصبي وقوله لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره ومعناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه
القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة به وقوله وعلى هذا اذا سرق انا فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر
وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب
لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار
كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث الشبهة
ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا يقطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف
ولا في طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه
المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا ضمان
لها بدليل ان متلفه لا يضمنه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن اخذنا بقول الكسر فيها فكان
ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بمد الهمزة وفتح الباء معروف
وقوله ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب
وقوله واذا اتخذ من الخشب وان فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل في الخشب
يغلب الصنعة على الجنس فتخرج عن الجنس المباح بازديادها في قيمته وتعزيزه بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش

الحشيش فليس كذلك ولهذا يعرشونه في غير الحرز حتى لو غلبت الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع اي في الابواب
غير المركب بالجدار اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت
من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون محرزة قيل هذا في باب البراني واما البراني في الداخل ففيه القطع لانه يحرز
بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان خفيا ظاهر وقوله ولا قطع على خائن ولا خائنة وهو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون
والانتهاب ان ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان ياخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكر في
الكتاب وهو واضح فصل ولا قطع على النباش • اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن
الزبير بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتي
به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد وبالاول ابو يوسف
والشافعي لقوله عم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان اللباس
ثوب الميت لا يخرجه عن التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع الا يرى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان
وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله فلحرف الحرز فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا
سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه
لم يقطع لان الشاة لا تحرز باحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال
وقوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من
اقفل الباب وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قاله في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت
مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة
الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة
وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة
المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله لما بينا اشارة الى قوله عم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله
لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى ما فهم من قوله لانه مال
العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا وقوله لما قلنا اشارة اليه وقوله والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع
سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل
المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاجل
ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله
لان له ان ياخذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان ياخذه لوجود المجانسة
باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا
قول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا ياخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف الحقيقة وهذا عين لكن
تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولكن ذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به
حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذه قصاصا لحقه او رهنا به درئ الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان
هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا قوله ولو كان حقه دراهم ظاهر وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود
جنس واحد كما في الزكوة والشفعة وقوله ومن سرق عينا ظاهر وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى وحاصله هو ان
المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها او استهلكها كان ضامنا فكذلك في
حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك

المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما عرف من بعد اشارة الى قوله
بعد اوراق ولنا قوله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان
سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا
الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك وهو واجب عن قوله كما اذا
باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فان تغيرت عن حالها
مثل ان يكون غزلا الخ وقوله وقيام الموجب اى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله بخلاف ما ذكر
يعني ابا يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة وهو معروف وقوله
لان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا
لتحمل مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف الكو
بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص
حق الله ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنى بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف
فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب
القاذف ودفع العار عنه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا
حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة
الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه
المسروق في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة
في سقوط القطع عن قرابة الولاد ان المبسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو المبسوطة
في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما يجيء في كتاب الكراهية قوله
وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقهما بالقرابة البعيدة
وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من
بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله وان سرق من امه من الرضاع ظاهر وقوله والمحرمية بدونها اى بدون القرابة لا تحرم اى
لا تجعل حرمة قوية عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المراة التي زنى بها لا تعد شبهة في قطع اليد بل
يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا اثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله واقرب من ذلك اى من الحرمة الثابتة بالزنا الا
من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة كالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع
موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب
من الحاقه بالزنا وقوله وهذا اى القطع مع الدخول عليهما من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا مبسوطة
تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر ظاهر وقوله ودلالة معناه انه لو بذلت نفسها وهي
انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للآخر عندنا وعنده
تقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه المبسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما تندرئ بالشبهات اولى
وقوله وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا ❀ والحرز على نوعين
الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو ما يكون بالمكان
المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم

والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الآخر فقد ثبت ان رسول
الله عم قطع من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان
لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ماذون له
بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة يقطع فيه
ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان
منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ
يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة وهذا ايضا مما يدل على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان
يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه وقوله هو الصحيح
احتراز عن قول بعض مشائخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا للمتاع في حال نومه اذا جعل المتاع تحت راسه او تحت
جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه
ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال المودع والمستعير
لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قالوا في الفتاوى يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى
الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا
اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية وقوله ولا قطع على من سرق من حمام يعني
في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت
الذي اذن للناس بالدخول فيه ويدخل في ذلك اى في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله وقوله الا اذا سرق منهما ليلا استثناء
من قوله ولا قطع من سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله ومن سرق سرقة اى مالا ويسمى الشيء المسروق سرقة مجازا وقوله
محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله وان كانت فيها اى في الدار مقاصير اى حجرات وبيوت وقوله وان اغار انسان اى
دخل بسرعة قال في النهاية نقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصدر الشهيد واما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من
اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة في باب السرقة
غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك يسمى السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة
مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس
ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها
بعد قوله اغار اشارة الى ما بين الجهتين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله واذا نقب اللص البيت ظاهر
وقوله وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده
تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الخ
وجب القطع وقوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط
اليد الحكمية للسارق فلما لم يسقط يد الحكمية ههنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله فاعتبر الكل اى القاؤه في الطريق
ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله واذا خرج ولم ياخذه جواب عن قوله كما لو
خرج ولم ياخذ فقوله وكذا ان حمله على حمار ظاهر ❀ واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا
اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع
ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعني الداخل والفرق بينهما انهم لما لم
يدخلوا البيت لم يتاكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لان كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلتنا

الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلاً بالغاً واما اذا كان الآخذ الحامل صبياً
او مجنوناً فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان
الذي ولي الحمل والاخراج كبيراً لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت
الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت
واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت
من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي انه قال اللص اذا كان ظريفاً لا يقطع قيل
وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله
كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة العدم لما وجب القطع
فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون البعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان طر صرة الطرار
هو الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة ههنا
نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى
على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وقوله فلم يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم
واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي من الخارج والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج
الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما
اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت
الدراهم خارج الكم ظاهره محلول فكان الاخذ من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه
ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب الكم
يعتمد الكم في حفظ المال لا القيام بنفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لاجل امر آخر من قطع المسافة
او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصده
الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب
الدراهم اعتمد الجوالق بما فيه الحرز فيقطع من سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لان السائق او القائد انما يقصد بفعله
قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزاً به مقصوداً على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيراً
القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وقطرت تقاطر القوم اذا جاؤا ارسالاً وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول
المختار يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظاً الى قوله وهو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع والكف والحسم من حسم العرق
كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع بما تلوناه يعني قوله تع والسارق والسارقة الآية واليمين بقراءة ابن مسعود فاقطعوا
ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا
المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس
ان يستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعاً مكرراً وفيما
قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج يقطع يمين السارق
من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثير المقطوع وقوله كيف وقد صح ان النبي عم امر
بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة ان النبي عم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عم ما اخاله سرق
فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث ولانه لو لم يحسم ظاهر وقوله وخلد في السجن

حتى يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا
وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة تقتل وقوله ويروى مفسراً كما هو مذهبه هو في حديث ابي هريرة ان النبي عم
قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظ وقوله
فحجهم اي غلبهم بالحجة يقال حاجه فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب سوال تقريره لو قطع رجل اربعة اطراف اقتص منه
بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود
وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العبد تراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي رح دليلا على دعواه
هذه طعن فيه الطحاوي قال تتبعنا هذه الآثار ولم نجد شيئاً منها اصلاً اشار بها الى ما رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي
انه حديث لا اصل له لان كل من لقينا به من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد اصلاً او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث
من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً يعني ان كانت يده اليسرى مأوفة او مشياً ان كانت
رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر

فصل

واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد
من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا السارق لانه اذا قال اقطع يده مطلقاً فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل
ما امر به فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط
لا شيء عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يداً لا قيمة لها فلم يكن ضامناً لكن ادبه الامام لانه اساء الادب
حين قطعه قبل ان يأمر الامام به وكلامه واضح وقوله بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضاً لم يقطع يسار احد ليكون حق
قطع اليسار قصاصاً ولا تأويل حيث لم يخطئ لان الكلام فيما تعمد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او اذنه وان كان في المجتهدات لان المجتهد
لا يعذر فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهراً كالحكم بحل متروك التسمية عامداً وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى
فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعاً فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال
وقوله ولا يجب لتقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافاً
وعلى هذا التقرير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئاً لان امتناع قطع اليمنى
بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مامور الحاكم او اجنبياً غير مامور وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي
فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطاء الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك
ويرد السرقة ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو اخرج السارق يساره ظ وقوله ثم في العمد عنده اي عند ابي ح عليه
اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكاً لانه لم يقع حداً وانما خص ابا ح بالذكر وان كان الضمان على السارق
بالاتفاق دفعاً لمن عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب
الضمان ايذاناً بان القطع لم يقع حداً اذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيراً لا باعتبار
ان القطع وقع حداً واما على مذهبهما فقط لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حداً لا محالة فيضمن السارق
لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حداً وقوله وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة اي طريقة ان القطع لم يقع حداً لانه اذا لم يقع حداً
لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة على طريقة الاجتهاد الذي قلناه في طرف ابي يوسف ومحمد وهي ان
ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد فلا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حداً لا يجتمعان

فصل

ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي
ليلى لا حاجة الى ذلك ويقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تع وقال الشافعي ان اقر السارق
بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة مبنية على الدعوى في الحال فاما لم يحضر هو او نائبه لم يقبل شهادتهم وان
غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء الحق وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعاً عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط

لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه ينتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام
الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح خلا ان فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومة هو معنى قوله لان الخصومة
شرط لظهورها اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان
كان بمعنى واحد معنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم وقوله وصاحب الربوا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين
درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلثة ولم يذكر العاقد الآخذ من عاقدي الربوا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد
فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب
والوصي ولو سرق سارق من احد هؤلاء وخاصم الملك قطع وان لم يكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته
حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه
موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له
على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان ياخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع يده
بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى
النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه
لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط فالشافعي بناء على اصله
ان لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده اذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت
الى خصومتهم وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع
لان فيه اي في ظهورها في حق القطع تفويت الصيانة لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون
فيه تضييع لا صيانة وهم مامورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجب للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي
بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع
وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار
السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستاجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع واما المرتهن
والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ
فلا يظهر في حق القطع وقوله والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة
القطع فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب
عن سوال مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق
وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا يعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فان فيه شبهة موهومة ايضا وهو ان يحضر المرتهن
ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المرتهن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيل بظاهر
الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من
الذي كان عنده فلم يكن ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث
لا يقطع ما لم يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة
وشبهة الاذن بالدخول في الحرز او الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لم يقطع اجيب بان الفرق من حيث
ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم يورث الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لغوا انها بخلاف صورة الاقرار
فانها لم يكن كذلك وان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان
الثاني لم يكن لا اي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب
الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبا في نفسها والثاني ان يده لم يبق من الايدي التي ذكرناها من ملك ووديعة وخصومة من هذه صفته لا يعتبر في
القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله وللاول اي للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له
ذلك في رواية لغوي لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد وان كان الاول يقطع
بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان كذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب
والدرء بالشبهة كعدم القطع ههنا ولهذا اقترن المص بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان ردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده
فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تع فلا يحتاج
فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء وجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت
حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة يظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت ان
الخصومة شرط لظهور السرقة والسرقة قد انقطعت بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها
ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر
بانتهائه لا انه مبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه مبطل لكنها اعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه
والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امراته او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او
لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه لم يقطع وانما فسر المص الجامع الصغير
بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وقال زفر يقطع وهو رواية عن ابي يوسف قالوا لان السرقة
قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان الغرض انه قضى عليه بالقطع ولا يكون
ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك
بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا
للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني ان استيفاء الحد من
تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب يعني باب الحدود لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء
بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يفيد غناه الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله وهو ظاهر
عنده فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعري من الفائدة بالكلية وهو بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها لاظهار
الحق للطالب على المط فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فائدة تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق
واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك
بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن
باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف
في وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء
قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لو لم يمض فكانه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة
رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء تتمة من القضاء حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من
القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود
مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة
في درء الحد وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء
بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك
درهم من العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص

عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قايم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وفسره المص بقوله معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع فكان ذلك معتبرا في اثبات الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة كما عرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله واذا اقر رجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغايب لان القضاء على الغايب لا يجوز فكان الغايب في هذه الشهادة كانه معدوم والمعدوم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة على ما مر يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض

فصل

واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فاما ان يكون ماذونا او محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما ان يكون المال قائما بعينه او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند علمائنا الثلثة سواء كان الاقرار بمال قايم او مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلثة وان اقر بمال قايم بعينه في يده قال ابو حنيفة يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف يقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا يقطع يده والمال للمولى وحكي عن الطحاوي انه قال سمعت استادي ابن ابي عمران يقول الاقاويل الثلثة كلها عند ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل او المال قال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط القطع وقال ابو يوسف كل اصل اما اصالة القطع فيما قالوا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تع وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع تبع ووجهه وجه ابو يوسف في اصالة المال فاذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه وماذونا له وفيما اذا كان المال قائما او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقتل الغير عمدا او طرفه يعني فيما اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قائما في يده وقوله من حيث انه آدمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الجزاء كاستحقاق الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اي على

العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في ساير المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا قطع على العبد بسرقته اي في سرقة مال مولاه وقوله يؤيده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه من الاصل وقوله حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال دونه كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال اطلب القطع دون المال لا يسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله فلا يصح في حقه فيه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع مستحق بدونه اي بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الآخر الا ترى انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذلك يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على ان صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من اصله وقوله لان الاقرار يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله حتى يسقط بالرجوع لان حق بمعنى البقاء وقوله باعتباره اي باعتبار القطع لما مر من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتبع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف الحد جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الحد الثوب الذي في يد زيد الخ وبيانه ان الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو لا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما تقرر ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال واما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى الخ لا يجب لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق ابو ح وابو س على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو صدقه المولى قدمناه في اول البحث

فصل

واذا قطع السارق والعين قائمة في يده كلامه واضح وقوله او شرب الخمر للذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة لا يرد الى صاحبها لان ذلك غرم وقوله ما يؤدي الى انتفائه انما يكون ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي يعني معصوما حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيدرء الحد بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تع في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تع فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تع فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سوال تقديره العصمة لما انتقلت الى الله تع وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يتقدر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لغيره يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة

ووجه المشهور وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لانه فعل آخر فيعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال في الكافي اي لان سقوط العصمة في الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فعل الهلاك واقوله معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت واللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه بهلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تع فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المص ما يساعده فتامل

قال ومن سرق سرقات فقطع في احديها فهو لجميعها كلامه واضح قوله لهما ان الحاضر ليس بنايب عن الغايب تقريره الحاضر ليس بنايب عن الغايب ومن ليس بنايب عن الغايب ليس له الخصومة في حق الغايب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغايبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل اي لكل السرقات قطع واحد لانه يجب حق الله تع وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفى يعني ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابراه الواحد عن ضمان الكل ايصالهم يبرا فكيف يبرا اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول شم هيهنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الزمان واعلم ان وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحد منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذاك تناقض وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرا من سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته بالشق من العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة ويملك المضمون ولهذا قلنا الملك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ثم فسخ البايع البيع فانه لا يقطع هناك والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله وشله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك لثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب للضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم يعتبر شبهة وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان عقد سبب الرد وهو العيب فكذلك هيهنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكره ابي يوسف ونحوه

قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية لوى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب واورد على هذا الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد ان ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة يقطعه عندهما خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة هيهنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائل الغير المتقوم وقوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الاعيان يتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهنا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المص الا يرى انه غير مضمون الخ انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبرها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه يعني الوجود ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند ابي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا عمن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا عمن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق واما الفقه عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه قوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله فتكلم حدا اي لا يسقط التكلم بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تع فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحاربة قوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر

كلهما وقوله وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة يعني قوله فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا وقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله
وان قتلوا ولم ياخذوا مالا والرابعة يذكر بعيد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجناية تتفاوت على الاحوال اي على سبيل الاحوال
الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو
خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول
المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له
وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ قال الحسن بن زياد الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان
التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا
تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء
وقوله كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كان يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم يقطع يده اليمنى واذا كان رجله اليمنى شلاء
او مقطوعة لم يقطع رجله اليسرى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه يقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام
بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل
وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة وذكر في
الكتاب قول ابي يوسف معه وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف مع محمد له انه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا توجب
حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زنا وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل ياتي على
ذلك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة ولابي يوسف وهو ظ والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا يرى ان الجلدات في الزنا لا يتداخل فان قيل
لو كانا حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل
بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد فكان له ان يبدا بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده
كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع وقوله وعن الكرخي مثله اي
مثل ما نقل عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهى رسول الله
عليه عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلثة ايام واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه واذا قتل
قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله ان جازوا اليهم اي انضموا وقوله وان لم يقتل
القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح جعله الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والمص لم يذكر في الاجمال بل قال هي اربعة
لان مراد المص الاحوال التي يدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما ذكره وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد
كما تسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح
لان موجب الارش هو المال لانه لو لم تسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق
العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا وقوله
للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تع الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله
الا الذين تابوا ههنا نظيره في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم
اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد
قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال فان كان الثاني لا يستقيم
التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة
اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد
يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا

التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمص جمع بين
قولي الشافعي بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثلها اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك
لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله ظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة
برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص ويعفو وقوله ويجب الضمان معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص
واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة يتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور
الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم
الطريق واستهلك مال البعض الآخر او هلك في يده حيث يصح توبته ويجب الضمان او نقول هذا انما يتم ان لو كانت التوبة
متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما
هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء وصار الخلل في الاصل
ولا اعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطئ مع العامد يعني اذا رمى سهما الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ
واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطئ شبهة في حق العامد وقوله
فقد قيل تاويله ذهب ابو بكر الرازي الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان مال مشترك بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو
رحم محرم من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان الماخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن
الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال منفرد فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا
من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك
في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ ماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرنا الخ
وزفر لا متناع في حق البعض لوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن
الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي
الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة تسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق
المستامن لخلل في العصمة وهو اي الخلل يخص المستامن فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا يؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الحر وعشرة
دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان كان القريب سرق مال القريب
ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله من قطع الطريق ظ وقوله ولا يحق ذلك المصر وبقربه
قدر البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله من خنق رجلا
بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله مصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان لكل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتادى بفعل المامور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين
غالبا او على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة
في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي
وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة
الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون
الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تع اقتلوا المشركين وهو دليل
قطعي يفيد الفرضية ولقوله عم الجهاد ماض الى يوم القيمة اي نافذ من مضى في الارض مضاء اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على
دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وتايد هذا الحديث بقوله تع قاتلوا
وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تايد بالقطعي افاد الفرضية فان الفرضية حينئذ يكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال

الجزم بذكره للدلالة على الوضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيمة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه تخريب البلاد وافناء العباد لكن فرض لاعزاز دين الله تع ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع الخيل وقوله انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة وشبانا وشيوخا ومهازيل وسمانا او صحاحا او مريضا واعترض بان قوله تع انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب بانه دفع الحرج ولان النبي عم كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تع قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى كو وجه الاستدلال ان الله تع وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لا يستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من تقرب من العدو وهو يقدر يقدر عليه واما وراثهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما بالتكاسل فح يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا وكان لمجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام ⁂ وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا قتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله تع اقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليهم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تع فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله عم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تع فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تع ادع الى سبيل ربك بالحكمة الاية ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تع اذن للذين يقاتلون وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تع فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية وقوله ولا يجب الجهاد على صبي ظ وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس مما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد ولانه يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يعني الاعزاب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد

باب كيفية القتال

لما كان الامر الاول في باب الجهاد القتال بدا ببيان كيفية المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قيل لا يحل من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعو بقوله تع وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي عم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم امتنعوا لانهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله على ما نطق به النص يعني قوله تع قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد وقوله وهذا في حق من يقبل منه الجزية ظ وقوله فنكفي بالنون على بنا المفعول مؤنة القتال بنصب المؤنة على المفعول الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روي انه عم بعث عليا رضع في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي والاحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة في الانذار لان النبي عم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلوة ثم دعا بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله اغار على بني المصطلق اي اخرجهم من جنانهم لنجومه عليهم وهم غارون اي غافلون

غافلون وابنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب او الفرس غارة وغارة اذا اسرع في العدو وقوله البوبرة على وزن مصغر الدار والكبة هو الذل والهوان وقوله وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر ولما قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا يرى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعات جانب المسلم اولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير او تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه اي باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام وقوله وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطاء لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطاء بل كان مباحا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا ان الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقرن به لان الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله عم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فنخص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع والاولى ان قوله عم ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام دم مفرج ما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب ان الجائع يقدم على التناول عند رفع الخطر وان كان فيه ضمان لما فيه من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة تتحمل لسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس اي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل وقد يصادف المسلم او يقتل فلو الزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له ⁂ ولا باس باخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما بينه عليه السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن اقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلثة ولو بعث بما دونه جاز وقال حسن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف وقوله وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقران في ارض العدو رواه ابن عمر وانما قيد التاويل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي وقوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثنا من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد ح يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل اذا نكلت به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتاخر روى عمران بن حصين ان رسول الله عم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا اذا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة وقوله ولا يقتلوا

فانما قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على
الاحبال اولا يكون من اهل الراي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالاحبال
يكثر المحارب وقوله لان المبيح عنده اي للقتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق
وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري ههنا النساء وقوله ياه كلمة تعجب الحقت باخرها هاء السكت وقوله الا ان يكون احد
هولاء ممن له راي في الحرب لما صح ان رسول الله عم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين
سنة لانه كان صاحب راي وقوله فهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل
لكنه انما يقتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب وقوله امتنع عليه اي تقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك

باب الموادعة

الموادعة المصالحة وسميت بها
لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيل عليه بان قوله تع
وان جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للدعوى واجيب بان هذه الاية محمولة على ما اذا كان في
المصالحة مصلحة المسلمين بدليل اية اخرى هي قوله تع فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الايات الموجبة للقتال والا
لزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا وبدليل موادعة
رسول الله عم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين وكانت هذه المدة المروية من المقدرات
التي لا يمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصالحة وقد تزيد وقد تنقص وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر
وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم عملا بقوله تع فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد
صورة ومعنى اما صورة فظ حيث ترك القتال واما معنى فانه لما لم يكن فيه مصلحة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم
يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له
وقوله نبذ اليهم اي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وهو قوله عم في العهود وفاء لا غدر اي وفاء وقوله ولا بد من اعتبار
مدة الخ قال الله تع واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا تحل قتالهم
قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل
يعني قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله
لانه ماخوذ بالقهر معنى يعني فيكون كالماخوذ قهرا صورة ومعنى وهو الماخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما فيه من اعطاء الدنية
اي النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فح لا باس بدفع المال لما روي ان المشركين
لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عم
الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين
يدي رسول الله عم قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان عن وحي فامض لما امرت
به وان كان رايا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء او قرى
فاذا اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عم اني رايت العرب رمتكم عن قوس
واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقال مال رسول الله عم الى
الصلح في الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين فحين راى القوة فيهم بما قال له السعدان امتنع عن ذلك وقوله باي طريق
يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك
بذلك عن نفسه غير واجب بل هو رخص فيه حتى لو قتل منها بصبره عنها كان شهيدا واجيب عنها بان معنى
الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها واقوله الواجب يعني الثابت فيندفع

به وقوله ولا تجهز اليهم اي لا تبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد
وقوله لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار اهله اي اتاهم بالطعام

فصل

لما كان الامان
نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذمتهم اي بعهدهم
وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد
واما قوله عم ياه ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله للملاقاة الامان محله لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما
على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي غير الذي امن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم
يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب
فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد
الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان السبب ولاية وهو القرابة غير متجز فلا
تتجزى الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المص استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطي
الامان ممن يخافونه وفي الاخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي
جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علته لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل
الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا
وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله وقدمناه يعني في باب الموادعة بقوله
وان صالحهم مدة الخ واليه اشارة ايضا بقوله لما بينا قيل قوله لو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار محض
لانه علم بذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز
ان يكون اعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رايه اي لسبقه على راي الامام وحقيقة الافتيات
الاستبداد بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي بالكفار للاتحاد
في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف

مسئلة

ولا يجوز امان العبد اتفق العلماء
على ان امان العبد الماذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهم بالفارسية مترسيد ورمى به الى قوم محصورين فرفع
ذلك الى عمر فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال
فلا يصح امانه عند ابي ح ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول ابي يس مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه
وذكره الطحاوي مع ابي ح وهو الظ عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظ وقوله
ولانه مؤمن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف
انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد
وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام
اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني
شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم
وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به وقوله
والماثر اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق
هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد الماذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف بعينه لظهور اثره وهو اعزاز
الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الامان في الحر فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في
سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ا

وتقريره انما لايملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل للمنافع في مجرد القول وقوله
ولا يصح انه محجور عن القتال يصح ان يكون ممانعة وتقريره لانم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف
وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظ من كلام المص وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح
امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من اين يعلمون انه محجور عليه حتى
لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما راوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا
ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المص انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان اسهل اثباتا للمذهب
ابح فتامل وقوله وفيه ما ذكرناه يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله وفيه سد باب
الاستغنام اى على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله
بخلاف المؤبد جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اى الامان المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به
القتال المطلوب اسلام الحربي فهو بمنزلة الدعوة اليه اى الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسألتهم
ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله فهو على الخلاف يعني
على قول ابح لا يصح امانه وعند محمد يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اى باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف
داير بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنايم وقسمتها والغنيمة
ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قايمة وحكمها ان تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة واذا فتح الامام بلدة عنوة
اى قهرا قال في النهاية وقوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيره
من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر او ان الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اى قسم البلدة بتاويل
البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله عم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر
بسواد العراق بموافقة من الصحابة فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم تحمد من خالفه يريد به نفرا يسيرا
منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اى ماتوا جميعا وفي كل من ذلك
قدوة فتخير وللقائل ان يقول لانم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله عم اذا لم يصل الى حد
الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي عم اذا لم يعلم انه عم على اى جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله
وهو الاباحة وح لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل للصحابي جاز ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه عم فعل ذلك
وجوبا فان عمر فعل ما فعل مستنبطا من قوله تع والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تع وما افاء الله على رسوله من اهل القرى
فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي بمنزلة القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب
المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي عم احدهما وعمر الاخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى وهو الاول عند حاجة
الغانمين كما فعل النبي عم فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا
اى اقرار اهل بلد على بلدهم بالمن عليهم في العقار اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا وينعم به عليهم
وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب
والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل وقوله لانه لم يرد به اى بالمن الشرع فيه اى في المنقول المجرد وفي
العقار خلاف الشافعي فانه لا يجوز المن فيه قال لان في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتاكد بالاحراز
فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم
بنفس الاحراز فلا يجوز يعني ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب
بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل فالحق او الملك ثبت في رقابهم ايضا وجاز له ان يقسمها اجاب بقوله بخلاف

الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية
وهذا لانها خلقت في الاصل حرا او الملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا
فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه ما روينا يعني من فعل عمر وقوله ولان فيه نظرا يعني ان تصرف الامام
وقع على وجه النظر في اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم
العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اى المزارعين
العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد كان فيه نظر
لا محالة فيكون جائزا وقوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج
وان قل حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج في سنة فقد جل مآلا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر وقوله
ليخرج عن حد الكراهة معناه كما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذرية
وساير الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تزجية العمر الا ان
يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال وهو في الاسارى بالخيار الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير
بين الامور الثلثة ان شاء قتلهم لانه عم قد قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن ابي سهيل بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة
بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان
الرق جزاء للكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق ايضا
لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا للمسلمين
لما بينا من فعل عمر فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل به في حق اهل الذمة
والمستامن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله وان شاء تركهم احرارا وللقائل
ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلثة والادلة تدل على
وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور
المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل بما فعل عمر بقوله لما بيناه وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله
واجبا واللازم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها
كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظ وقوله ولا يفادى بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه
اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى اى لا يعطى اسارى الكفار ويؤخذ منهم اسارى المسلمين او
المال عند ابح وقال ابو يوسف ومحمد يفادى بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر
الروايتين عن ابح ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله
ان فيه تقوية وفي بعض النسخ معونة ظ ويجوز ان يبرز هذا في معرض دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما في صورة
الرمي عند الترس بالمسلمين واما المفادات باخذ المال منهم في اطلاق اسراهم فلا يجوز في المشهور من مذهب
اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة بعودهم حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة
استدلالا باسارى بدر ويجيء جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا
من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله عم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة
الجمحي ولنا قوله تع فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز
اسقاطه بغير منفعة وعوض كساير الاموال المغنومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذا قوله تع

فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال
بقوله تع فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخًا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص خص
منه الذمي والمستامن فجاز ان نخص منه الاسير قياسًا عليهم او بحديث ابي غرة او غيرهما والجواب ان قياس الاسير
على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاق رقبته وحديث ابي غرة متقدم
على الاية وغيرهما غير معلوم فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والماكلة بضم
الكاف وفتحها بمعنى وكلامه ظ ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لا يجوز عند ابح وقال
ابو يوسف جاز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الى وقال ش فيصح لا باس بذلك والاصل ان لا يثبت
للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكره في الكفاية اي
كفاية المنتهى منها ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم
الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل
القسمة في دار الحرب شاركهم في الغنيمة وقوله لان سبب الملك ظ وقوله والثاني اي اثبات اليد الناقلة
الى دار الاسلام منعدم لقدرتهم اي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين
في ديارهم وقوله ثم قيل موضع الخلاف اي موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بل
يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطئ وساير الانتفاع او لا فعنده يثبت وعندنا لا
وقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت
الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك
وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم
وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف
العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز
بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنايم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في
القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكيد العدو على بعضهم
وهذا امر وراء ما يتم القسمة به فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابح وابي يس لا يجوز
القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد على
خلاف قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي
غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يس كما ذكرناه وايضا قوله على قول ابح وابي يس لا يجوز القسمة
يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم
اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت
الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابح وابي يس لا يجوز القسمة
انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح لكونه محرمًا والمحرم راجح على المبيح الا انه
يقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب
والدابة ونحو ذلك فلا تتقاعد عن ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة
الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء وهو
العون والمقاتل وهو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاورة الدرب

الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا
من الاستواء في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظ وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب
الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي
يتم به السبب شاركوهم في تاكد الحق به كما لو لحقوا بهم في حالة القتال وانما تنقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة
الامام في دار الحرب او ببيعه الغنائم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق لاهل سوق العسكر
في الغنيمة باطلاقه يقتضي نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين
وارهاب العدو الا ان يقاتلوا فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد
الجهاد معنى بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاوزة واضح وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف
على عمر ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابي او تاويله لمن يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار
يشهدونها وليس لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار قسمها
بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة
مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا
فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله وصار كما اذا
نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله ويجبرهم في رواية السير الكبير ظ ويكون الاجر من الغنايم
يبدأ به قبل الخمس لان في هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب
الحمولة لا يمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال
وقوله ولا يجوز بيع الغنايم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه بناء
قوله فيما تقدم اذ بكل منهما يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع المغانم منها هنا
اعتمادا على ذكره هناك او لان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسئلة
قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله ولا باس بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار الحرب وقوله
ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمدا في رواية هي رواية السير الصغير ولم يشترطها
في اخرى هي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اي دابته
ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام فيعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح
يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر ركوب حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام وليستعملوا الحطب
وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب
اما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان فالمراد به الدهن الماكول كالزيت
لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقح به الدابة
التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المص بالراء من الترويح وهو الاصلاح قال
هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطاء لان الاول ههنا اولى واليق قلت هذا التعليل ان
كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطا وقوله وتاويله انما احتاج المص الى هذا التاويل لانه
اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد مناه اشارة الى قوله
بخلاف السلاح لانه يستصحبه الخ وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه
اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله يباح له الانتفاع في

التفصيلين اي في فضل السلاح وفضل الثياب في الدواب قال ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف الى قوله معنا
في دار الحرب ليقع الاحتراز عن مستامن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده وامواله
كلها فيء والفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتداء
الاسترقاق لانه يقع جزاء للاستنكاف عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبيده
ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن
الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول
احرز وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحربي وقوله وقيل هذا اي كون عقاره
فيئا قول ابي ح وابي س الآخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا
العقار فانه فيء في قول ابي ح وم وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا
كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الآن كان عنه ايضا روايتان فقد بان الخطب اذ ذاك وقوله
عندهما اي عند ابي ح وابي س لان اليد على العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر
بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد يثبت وزوجته
فيء لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة بتبعية زوجها اذ هو من باب
الاعتقاد وكذا حملها فيء خلافا للشافعي في الحمل هو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل
ولنا انه جزؤها وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثني الجنين فيستثنى بعدما ثبت
الرق في الام وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم
محل للتملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله
بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظ وكذلك قوله واولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد
على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم اتباعه وقوله
وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة اعترض عليه بان ما قام مقام
غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب
ان يكون يده كيد المسلم محترما لا نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي
وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في
اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية ان لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما
او حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا يثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد
مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي ح وقالا لا يكون
فيئا قال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي س مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير
الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي س فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي س مع قول ابي ح وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور
في شرح الجامع الصغير قول ابي س مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند ابي ح وقال محمد لا يكون فيئا قال كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة
بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي ح انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم
لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظ واما حكما فلانه ليس فيه يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف
المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن قولهما وقد صارت

صارت معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص
والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله الا انها
محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل
لكونها مكلفة ليقوم بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار
انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع
كونه في يده حقيقة حكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة
فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا وقوله واذا خرج المسلمون ظ وقوله معناه اذا لم يقسم يعني الغنيمة وقوله اعتبارا
بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس
بغنيمة اذ الغنيمة هو الماخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة تصدقوا به اي اذا جاؤا
بما فضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج اي
محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما
ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قايما بعينه وهو فقير حل له التناول
منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة يقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من
بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جميع النصيب الشايع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تع
فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس
بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله تع قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة الى
الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيان ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه
واما السنة فلان النبي عم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايصالا للحق الى
مستحقه ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي ح وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلثة
اسهم ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والعنا بالفتح والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر يعني الفرار والفرار
اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود ولهذا لا يرتكب النهي المذكور في قوله تع ولا تلقوا
بايديكم الى التهلكة ولابي ح ما روي عن ابن عباس وهو ظ ولكن طريقة الاستدلال لانه مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل ان
الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما قبله لا الى ما بعده وهو قال فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله
والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويتقول فعله لا يعارض قوله لكون القول اقوى بالاتفاق وقوله واذا تعارضت
روايتاه ترجح رواية غيره اي سلم عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس وقوله فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل
لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة
لتعذر معرفته يعني قد تزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها
يظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا ولسبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه
والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد
واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله عم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان
القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة العناء بالقتال
عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل اي استظهار في تقوية الدليل لان
ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه او تاويل له والبراذين والعتاق سواء والبراذين جمع برذون

وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من
الكوادن وامه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون
والعتاق لان اهل الشام يقولون لا سهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله عم شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب
وهو واضح وقوله الين عطفا بفتح العين وكسرها بمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب قال ومن دخل دار الحرب
فارسا هذا البيان وقت اقامة السبب الظ مقام ما يوجب زيادة السهم وهو مجاوزة الدرب عندنا قوله
وهكذا اى كقول الشافعي روى ابن المبارك عن ابى ح في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل
فارسا وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك
حالة المجاوزة اى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم
درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت
الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام وعنه حال انقضاء
الحرب اى تمامها وهذه رواية عنه والظ من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكان المص اشار
بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اى عند القتال
اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة رد لمذهبنا وقوله كالخروج من البيت
يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا يعتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فكذلك في هذه الوسيلة
وقوله وتعليق الاحكام جواب عما سنذكر في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام
تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب
عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة
لا مجاوزة الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف وبمجاوزة الدرب
قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احواله بعد ذلك لان ذلك حالة
دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له
من ان ينزل في بعض المضايق خصوصا في المشجرة او في الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح
على ما ذكره وقوله وتوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وح كان للمولى ولاية المنع
فيمتنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظ واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها
لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف على القدرة
على حقيقة القتال بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها
واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا
يبلغ به سهم المجاهدين والاول ليس من عمله اى الدلالة ليست من عمل الجهاد وكانت عملا كساير الاعمال فيبلغ اجره
بالغا ما بلغ قال واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم لما مر كان احكام الاربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلثة
اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم اى في الاصناف الثلثة ومعنى
هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم
المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلثة الاحتياج غير ان
سببه يختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد
منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم

بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تع ولذي القربى
من غير فصل بين الغني والفقير فيشترك ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم
احد فكان اجماعا وقوله وقد قال النبي عم دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله تع كره لكم غسالة
ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء
يعني ان المعوض وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكوة وهو خمس الغنايم لا يدفع اليهم
لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون
ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث
الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احديهما اثبات العوض في
المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو
فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلوة
على الجنازة بما روي ان رسول الله عم صلى على حمزة سبعين صلوة وهو لا يقول بالصلوة على الشهيد ولكن يقول للحديث
دلالتان فاحديهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل اذا كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبي عم وقد ثبت
انه عم اعطى بني هاشم وبني المطلب اجاب بقوله والنبي عم اعطاهم للنصرة الا يرى انه عم علل فقال انهم لم يزالوا
معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع
رسول الله عم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان
حتى اتينا رسول الله عم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا
بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عم انا وبنو المطلب لا نفترق في الجاهلية والاسلام وانما نحن وهم شيء
واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم واذا كان كذلك دل على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى قرب النصرة لا
القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في الجاهلية والاسلام ولهذا يصرف
للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي عم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي
بانتهاء علته قال فاما ذكر الله في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط
ما سوى الثلثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله تع في الخمس يعني قوله تع فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره
وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه عم كان يستحقه برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق
منه علة ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عم مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنايم
بدر واصطفى صفية من غنايم خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة لما روينا ان النبي عم اعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي
القربى وقع تكرارا حكما وتعليلا لانا نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلثة اسهم وهذا نقل لكلام صاحب
القدوري وبعده اى بعد زمن النبي عم بالفقر قال المص وهذا اى استحقاقهم بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير
منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة ولا يظن بهم انه خفي
عليهم النص ومنعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق الاستحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي الاجماع
وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان راى علي في الخمس راى اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعم والاجماع
بدون اهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان يترك راى نفسه براى مجتهد آخر احتشاما فان ثبت ما روي دل انه كره
المخالفة لانه راى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان هذا اى في سهم ذوي القربى يعني

الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي عم باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان
فيه معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر في الزكوة وهذا
الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعي فليس هذاك لان كون المصرف فقيرا في محل النزاع
عنده فانه يستوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر اعطى الفقراء منهم
والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلثة كما تقدم في اول البحث وكرر هذا لزيادة الايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار
قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله عم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت
منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله عم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي عم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد او الاثنان ظ وقوله والمشهور انه يخمس ظ ووجه الرواية
الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت
قوله تع واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو ماخوذ
قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخل جماعة
لها منعة المنعة السوية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو ح يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا
عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذ حتى يصير واتسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية وقوله اذ لو خذلهم اي
ترك عونهم كان وهن المسلمين اي ضعفهم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل
عما قبله بفصل تعالى نفل الامام الغازي اي اعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا قوله لا باس بان ينفل الامام
يدل على ان قول من قال كلمة لا باس يستعمل فيما يكون تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب
لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تع يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب
فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من
قتل قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب
والفضة لان النبي عم نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان
فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم
فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا اخص البعض
بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تع في الغنيمة وابطال حق
ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق
الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا
من الاصناف الثلثة فلم يكن ثمه ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون
لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله
وقال ش منفي ظ وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع اذ قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين
للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ شيئا فهو له ثم كان ذلك منه على ذلك التنفيل فكذلك في
السلب يحمل على التنفيل يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب بن ابي سلمة دفعا للتعارض وقوله وزيادة القتال
جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر عناء وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار
الزيادة اصل قوله لان الكر والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم

الغنائم وقسمتها بقوله ولان للاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت
الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده ودليله
ان المدد لا يشاركونه فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام
لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكانه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله ووجوب
الضمان مرفوع على الابتداء وقوله قد قيل على هذا الاختلاف جزء وفي بعض النسخ وقد قيل فيكون معطوفا على
قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى
وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي ح وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا ذكر في الزيادات المتلف لسلب
نفله الامام يضمن لان الحق متاكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي
ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما
لا يضمن

باب

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله
على احكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة
الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب الى بلاد هم والمراد به كفار الترك
ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله حل لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان الماخوذ صار
ملكا للترك كساير اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء اي في دار الحرب بعد الاحراز
وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد وانما المحظور
من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل بالميتة او الدم فانما يوجب الملك بالاتفاق ولنا
ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف
كاستيلائنا على اموالهم وقوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة
في المال لكل من يثبت له من المسلم والكافر انما يثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تع هو الذي
خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان لا يكون مال ما معصوما لشخص ما وانما تثبت العصمة لضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار
لانه اي لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على
المحل حالا وانما يقتدرون عليه مالا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنفير
محتمل وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور
لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلوة في الارض المغصوبة
فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الاخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا فان قيل
لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في
قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي اجيب بان بقاء حق الاسترداد بحق
المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا يرى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم
ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة
بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون واضح وقوله لانه يثبت له ملك خاص
فلا يزال الا بالقيمة فان قيل عليه بان الملك يثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت
لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان

الملك ههنا ايضاً ثبت بالعوض لما ان المكافاة مقصودة فى الهبة وان لم يكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا فى اثبات حق
فى القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعنى لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اى ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلى
كالذهب والفضة والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان
موهوبا لا ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا يعنى اذا كان ما اخذه الكفار
من المسلمين مثليا فاشتراه منه مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما
قيد بقوله قدرا او وصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكنه اردأ منه وصفا
فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشترى ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه
يشتريه ابتداء فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار
الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذى اخذه به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان
المشترى يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا فى ملكه وليس فيه الاعادة الى
قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما ياخذه بمثله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد
وقوله لان الملك فيه صحيح احترازا عن المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شئ من الثمن
لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شئ من
الثمن اذا لم تصر بالتناول مقصودا الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم يبيعه مرابحة
فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب
بعضهم بانه انما يحط فى المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز
بيع الآخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار
للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن فيها حتى لو استهلك المشترى من الدار
شيئا سقط حصته من الثمن لان المشترى فى الذى وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشترى شراء فاسدا من حيث
ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن فى المشترى شراء فاسدا كما فى الغصب فان من غصب
جارية فذهب احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شرى التاجر ههنا ايضا بمنزلة شرى المشترى
شراء فاسدا فى المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء
فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار اولا ثم البيع
ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد فى العقد ولا كذلك بيع
الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العوض على الملك فان قيل فى مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض
المشترى بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شئ من الثمن فلم يكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها
مخالفة فى صورة العقد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شئ من الثمن بخلاف ما اذا استهلك
المشترى بعض الاشجار فى الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض
على قوله وللمشترى الاول ان ياخذه من الثانى بالثمن لانا لو اثبتنا حق الاخذ الذى اشتراه من العدو اولا
اولى لان حقه يعود فى الالف التى نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله
وهو العبد وكان ما قلناه اولى وقوله وكذا من سواه اى من سوى الحر وقوله بخلاف رقابهم اى رقاب
احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولا جناية من سواها اى من مدبرينا وامهات اولادنا
ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا حتى لو

لو كان احدهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شئ واذا ابق عبد لمسلم
فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقى لان عبد الذمى كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابى حنيفة وقالا يملكونه
لان العصمة لحق المالك وسقطت وقوله لان سقوط اعتباره اى اعتبار يد العبد لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع
وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة
عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير فى يد نفسه وهى يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه
لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب فى ايديهم اجيب
بان بين الدارين حدا لا يكون فى يد احد وعند محمد ذلك يظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية
فلا يندفع بيد الدار اليه اشار فخر الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد فى حيز النزاع والجواب ان
اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء وحين دخول العبد فى دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء
الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال
ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان يوجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل
القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد يعنى فى دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام
يد اهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى
عليه المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابى حنيفة ياخذه المالك القديم عند ابى حنيفة بغير شئ اذا كان موهوبا فظ لانه اخذه
بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشترى فلان المشترى فدى ملكه بغير امره فكان متبرعا حتى لو امره بذلك رجع عليه
المشترى بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لان نصيبه قد
استحق فله ان يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من
نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له اى للغازى او للتاجر جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه
انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الآخذ على قصد الرد الى مالكه وقوله وان ند اليهم بعير ظ وكذلك قوله فان ابق عبد
اليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على قول ابى حنيفة ينبغى ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شئ لانه
لما ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار
عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون
وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او ذميا
او اسلم احد ممن كان معه من العبد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمى يسلم عبده فان قيل الذمى ملتزم احكام الاسلام
فجاز اجباره على بيع عبده الذى اسلم والحربى ليس كذلك اجيب بان الامان ينافى ابقاءهم فى ملكه لان فيه
استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان ملتزما ترك استذلال المسلمين فيلزمه ووجهما ظ ددجه
ابى حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب معناه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الامام فان كان فى
دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم ما دام فى دار الاسلام بمقتضى
الامان فاذا دخل فى دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة
عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقام شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الازالة وهى الاعتاق لان
الشرط قد يقام مقام العلة تستلزم جعل المثبت للشئ مزيلا له وهو قبيح وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز
بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك لهم وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة
هى ان البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك

ان لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشرا دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على
انا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فان لم يكن الشيء الواحد مزيلا وغير مزيل وهو الممتنع
وبقاء الشيء اسهل من الابتداء اذا لم يعتبر البقاء ما يزيل سهولته ومهنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته
وقوله كما يقام مضي ثلث حيض تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة في
الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام تفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة
فيما اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب وقوله واذا اسلم عبد الحربي ظ لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا
روي ان النبي عم لما حاصر الطايف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة منها فلما فتحت جاءت
مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي عم هم عتقاء الله وقوله ولانه احرز متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله اذ بالالتحاق
منفصل بقوله وظهر على الدار وقيد بقوله مراغما اي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طايعا لمولاه يباع وثمنه للحربي لانه لم
يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا باب المستأمن لما فرغ من بيان الا[...]
الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون
فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظ وقوله والغدر حرام دليله قوله عم لاصحاب السرايا
ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من اهل الحرب
غيلة واخذ اموالهم وفعلوا ذلك واخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض
وان اطلقوهم طوعا لانه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا باخذ اموالهم وقوله ملكه محظورا اي خبيثا حتى لو كانت
جارية كره للمشتري ان يطأها لانه قام مقام البايع ووطئها للبايع كان مكروها فكذا للمشتري وقوله وهذا اشارة
الى قوله ملكه محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه والحظر المعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب
الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه يعني في اوايل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة
يفوق الملك الخ واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فاذانه حربي اي باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة
الابتياع بالدين ولا ولاية وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستأمن وهو ظ
واذا لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي
غصبه اي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأمنا فيها لان كل واحد منهما كان مباحا وقت
في حقه فملكه بالاخذ الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل
دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب
الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد والاثنان
مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فانهم يملكونه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية
الخ وقوله ولو خرجا مسلمين ظ وقوله يغصب حربيا اي غصب شيئا من حربي وليس هذا منحصرا في خروجهما مسلمين
بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنا فالحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطا هكذا
ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام قاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد عليه
القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حـ
تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله
اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني قوله تع فتحرير رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار
الاسلام لا يبطل بعارض الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان

ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الحرب لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص
الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام
لا يبطل بعارض الدخول بالامان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولانه ان
بالاسر صار تابعا لهم يعني واهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا توضيح
للتبعية وقوله فيبطل به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا
بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم يجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة
المؤثمة وهي بالاسلام فصل فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظ والعين هو الجاسوس
والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام عبارة الانسان من ماريمير والجلب والاجلاب
الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا او في كذا اذا امر به وقوله
وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على
حسب ما يراه جاز لكن اذا لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا قال الامام
قاضي خان فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المض[روبة]
فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة تاخذ منه الخراج فح ياخذ منه وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا وضع عليه الخراج
فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو زرعه عشري في قياس قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض
لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان
يكون من اهل دارنا وقوله فيعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع
الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا
والمراد من وضع الخراج التزام خراج ارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن ود[ل]
المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشرا ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشترى ارض
خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضي خان وليس بصحيح
لما اشار اليه المص من قوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله فتجري عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة فلا ي[...]
عنه اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب
الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطا وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله
وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظ
وكذلك حكمه وكذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ظ الا ان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا اسلم
الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا فلم يكن يد المودع كيد
المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا تعقبا عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك
لان دار الحرب ليست دار عصمة قال وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس والبعير عدا وجيفا
واوجفه صاحبه ايجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم والجلاء بالفتح والمد الخروج
عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى
ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي اي هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها ومثل الجزية
وقوله وقال الشافعي فيهما اي في الاراضي التي اجلوا عنها اهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيهما اي في الاراضي

والجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير قتال يعني بل بوقوع
الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اي الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة
الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين
القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعني قوله انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا
معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنايم وقسمتها وهو قوله وزوجته في لانها كافرة حربية
الخ وقوله واما اولاده الصغار الخ وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما قيده بالايداع لانه اذا
كان غصبا في ايديهما يكون فيا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع واذا
اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال
الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه
مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامات وهو
الاسلام اذ به تحصيل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما
ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب
الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة
لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه ياثم بقتل منزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهي ثابتة
فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قايل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل
العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك الكل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت
العصمة المقومة وصفا زايدا على العصمة التي هي المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة والعصمة
تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المؤمن العدو وبين
المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل في الاول الدية والكفارة فتحرير رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهلها وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء
فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث
لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان مقصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق
بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم لئلا يلزم الاخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع
البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة بالادمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل
على بيان ان العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة يكون تابعا لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة
بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف اي اثقالها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالادمي عليه القيام
باعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمي وجب ان يكون
حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل والاموال
تابعة لها اي للادمية التي يثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادمي من
الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للادمية اما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفايت لان
المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل او القيمة وذلك اي جبر الفايت في الاموال دون النفوس لانه انما
يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول

الاصول فكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة ومن هذا علم ان العصمة المؤثمة اصل مستقل في شيء والعصمة المقومة
اصل مستقل في شيء آخر وليس احدهما بكمال في الآخر ولا وصف زايد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار
لانها عزة والعزة بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفر لما انه وجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا يوجد العصمة
المقومة فلا تجب الدية في غاية التحقيق خلا انه يوهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعي ودفعه
بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا
اموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله والمرتد
والمستامن جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى لا يجب الدية بقتلهما
وكون المستامن من اهل دارهم حكما لقصد الانتقال ظاهر واما المرتد فكذلك لانه يقصده هربا من القتل وقوله
ومن قتل مسلما خطأ الخ واضح واعترض على قوله وهو العامة او السلطان بان الترديد فيمن له ولاية
القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وآخر واجيب بان الامام ههنا نايب
عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسالة المكاتب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به
الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية
وقدمه على الخراج لكونه من الوظايف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما
يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل
الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لبني تميم والجز بتحتين بمعنى السفح لانه وقع في امالي ابي يوسف موضع
الجز ويظهر من ذلك ان من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل
وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون مهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها
ومن يبرين والدهناء ورمل عالج اسماء مواضع الى مشارف الشام اي قراها عرضها والسواد اي سواد
اراضي سواد العراق اي قراها سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان
وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طولا وقيل في
موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة
وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل يعني في اول باب الغنايم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث
ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس
في ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله عم لم يوظف عليها الخراج وكما لا
رق على العرب فكذا لا خراج في ارضهم وقوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني هو اذا قسمت
بين الغانمين او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفايدة وقوله ومن احيى مواتا فهي عند
ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه
الخراج وان كانت من حيز ارض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قوله المسلم لا يبتدأ
بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب على المقاتلة
فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه
بماء الخراج الى هذا اشار شمس الائمة وقوله والبصرة عنده عشرية جواب اشكال يرد على ابي يوسف فيما ذكر ان الاحياء
في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احيى فيها مسلم يجب عليه العشر

ووجهه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة وقوله لان حيز الشي يعطى له حكمه دليله اي دليل على مذهبه
وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله
بملكه فكذلك ههنا يعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا تطلق في اعادة قوله وكان القياس في البصرة
ان يكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد
ويزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها ماء
والخراج الذي وضعه عمر من قبل اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن
من الانتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد
على ذراع العامة بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه او مما
يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم وقوله فالكرم اخفها يعني اكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع
اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينها لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت
مؤنتها فوق مؤنة الكرم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس
ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله
والبستان كل ارض يحوطها حائط ظ وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات التمكن
من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استاصله حر شديد او برد شديد
او نحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا
في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكوة
لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما
مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فهلك معه الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا
للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك
الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم يخرج ثم قال ش لكنا ما ذكر في الكتاب
ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط
الخراج وان عطلها صاحبها فعليه الخراج. اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان
ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز
المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب
المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد
من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر خاص لدفع ضرر عام
للعامة وقوله قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كان الارض صالحة للزراعة للاعلى
وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى
الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب
بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت يزرع الزعفران فيها فياخذ
خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظ وقوله من غير كراهة احتراز عما يقوله
المتقشفة انه مكروه لان النبي عم راى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان المراد
الذل بالزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا

عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولان الصغار ان كان قائما يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف
خراج الراس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله ووجبا في محلين بسببين مختلفين
اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية
تقديرا وسبب العشر الارض العشرية تحقيقا واما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء
فلا تنافي فان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة
عن حماد عن ابرهيم عن علقمة عن النبي عم وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر
واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا يضافان الى الارض يقال عشر الارض وخراج الارض
وقوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة
لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعن محمد ان عليه زكوة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ومنعهما
لو هم اختلاف ان محل العشر الخارج ومحل الزكوة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب
احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكوة
وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تع فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله كما لا يجب زكوة
السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين
لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا بقيت
عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين
يجب للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان وان كان بسبب ملك واحد والله اعلم

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر شاركه
سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى
وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تع قاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف
يصح اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق
الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق وقوله وهي على ضربين ظاهر
ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وقوله ولان الموجب
هو التراضي اي الموجب لتقدير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه
في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا وقوله فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من
ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو
معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا
فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمنى
منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر
يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا يرى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من
المكثرين واذا كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين
فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام وقوله عم خذ من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة
او عدله معافر اي او خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له

لاسمايغير نبته وذكر في الفوايد الظهيرية معافري من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح
العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة وكل ما وجب نصرة للمقاتلة
وجب متفاوتا كما في خراج الارض وقوله وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية
وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام
يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تع يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم
تومنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لا يصلح
للنصرة لميله الى دار الحرب اعتقادا فاقام الخراج الماخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من
المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب
غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف
يكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين
وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه
كان صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء وتوضع الجزية على اهل الكتاب
سواء كان من العرب او العجم لقوله تع من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس لان رسول الله عم
وضع الجزية على المجوس روى البخاري ان عمر لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان
رسول الله عم اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطفا على اهل الكتاب
وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب وفيه
خلاف الشافعي وكلامه ظ ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد
يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظ لان نفع الرقيق تعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يوديها
من كسبه والحال ان نفقته في كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة في معنى اخذ
النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان
واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى لغو وسوان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المراة والصبي فكذا بدلها
وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل
من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمراة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما توضع
من الكتب وبما علمنا جزان عنه وقوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من
العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء اي غنيمة للمسلمين يجوز استرقاقهم ولا
توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره
لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب
فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعته وقد قبل
منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب يجوز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف
لقوله عم يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب
والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تع قاتلوا الذين
لا يومنون بالله الاية وعن الثاني بان مراده عم عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب
وتوالدوا فانهم ليسوا بعرب في الاصل واما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم امنون وقوله وجوابه

وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين فنساؤهم
وصبيانهم فيء الا ان ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونساؤهم
لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا
لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة
ابو حي من العرب وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل
من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وقوله لانها وجبت بدلا عن القتل يعني في حق
الماخوذ منه او عن القتال اي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل وهو القتل
او القتال وهو لا يتحقق في حق المراة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعني قوله وهما لا يقتلان
ولا يقاتلان وقوله لا اطلاق حديث معاذ وهو قوله عم خذ من كل حالم وحالمة وقوله وعلى اعتبار الثاني
لا يجب يعني ان الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق
في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر
على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء
او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على المولى
بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز وقوله ولا يوضع على الرهبان وضح
ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه • اذا اسلم وعليه الجزية او مات كافرا او اعمى او صار زمنا او مقعدا
او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه
العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى
وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه العوض بهذا
العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع
الدار المستاجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا
اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض
وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان الجزية وجبت
بدلا عماذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تع امر
بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع
الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يودون من الجزية
وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيد ههنا توضيحا
وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام
بنصرتها ولا يصلح ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في
الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية لتوخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال
شمس الائمة السرخسي وهو الاصح الا يرى ان الجزية لا توخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد
مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يوخذ منهم ما
هو خلف عنه ولنا قوله عم ليس على المسلم جزية رواه ابن عباس وهو مطلق فيجري على اطلاقه
بل الانصاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا يكون عليه جزية فتعين ان يكون

المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة الخ ظ واعترض
بانه لحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل
واحد منهما مشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده
مع ان كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع
بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع لذلك
وقوله والعصمة تثبت لكونه آدميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة
للآدمي من حيث انه آدمي لما مر انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا تصلح ان تكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل
ان يقول سلمنا انها ثابتة بالادمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها
لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان يكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظ ولا الى الثاني لان الاسلام
يغني عنها وقوله والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى
بالشراء او غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها
بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان الجزية
لم يكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان يكون بدلا
عن النصرة ايضا الا يرى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت
بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها انما لم تسقط لانه ح يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك
وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس

فصل

فان اجتمعت عليه الحولان انث فعل
الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين واما بتاويل السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير
لتفصيل في اللفظ ولا ابهام في قوله وجاءت سنة اخرى على ما نبينه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق
يحتاج الى بيان الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة
ولهذا اذا اشترى المسلم ارض خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا
لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله لما في الخلافية اي فيما اذا اجتمع فيه الحولان ان الخراج وجب
عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه يستوفى كما في ساير الاعواض وقد امكن لان الارض
انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولا يتح ظ وقوله على ما بينا
اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا
اما عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر فيه ايضا انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية
عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالتشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من
لوازم كونها بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله
وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر
وقوله ولانها وجبت بدلا عن القتل استدلالا من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر
وقد مر من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند
آخر الحول يجب وهذا ضرب من المجاز لان مجيء كل شيء بمجيء اوله وقوله في مجوز المجاز ان مجيء الشهر يستلزم مضي
الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول شهر اولها لان الجزية تجب باول الحول

الحول والتاخير الى الحول تخفيف وتاجيل عنده الخ وعلى هذا يتحقق التداخل عنده مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه
واضح وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قايم في الحال للحراب ماض الخ ويحتاج الى
الجواب عن الزكوة وهو ان الزكوة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو التمكن من الاستنماء
لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء

فصل

لما فرغ
عن بيان ما يجب على اهل الذمة لسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى
ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر
الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والاخصاء في معناه خطاء ذكره في المغرب والمناسبة
بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة الفحولية اهل داره معنى كما ان الخصاء
ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنايس
فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عم ولا كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار
الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال
الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى قوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من
احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلوة اي صلوة الذمي في البيت
فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع السكنى وقوله والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابيح والمراد بالمروي
هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض
العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويوخذ اهل الذمة بالتميز
ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير
الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم
وقوله صيانة لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين لا البدن اي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين المسلمين
الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس
والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم ياخذ النبي عم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون
بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله عم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج
الى ذلك ثم في زمن عمر لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من
الصحابة وكان صوابا قال عم اينما دار عمر فالحق معه وقوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن
العشرة باهل الاسلام لان في الالام لاهل الذمة بتمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة
لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله ان لا يركبوا الا لضرورة يعني كالخروج
الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف
وقوله لانه ينقض ايمانه يعني لو كان مسلما وسب النبي عم والعياذ بالله ينقض ايمانه وذمته وقوله
وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار
الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء
من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر
نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم بخلاف احكام ساير النصارى وكلامه واضح
والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي

انه قال لعمر يا امير المومنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهر عليك العدو اشتد المؤنة فان رايت
ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط
الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة ففيه شاتان
الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا
وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك
اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صالحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله والمراة من اهل وجوب مثله
اي مثل مال وجب بالصلح وقوله الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف
الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر وقوله ويوضع على مولى
التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا يؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي ويؤخذ من معتقه
فكذلك ههنا يؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي وقوله ولنا ان هذا اي اخذ مضاعف الزكوة تخفيف
يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى
لا يلحق بالاصل في التخفيف بوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق لمولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام
على اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست تغليظا بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنيس بالاثام
وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله في حقه اي فيما هو حق
مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات
تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان
عاملا وانما الغنا مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لانه صين بشرفه وكرامته عن اوساخ
الناس فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف
وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو انه غير
يجري على عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من
لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم ينصرهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو ان لا يلحق مولى
القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع سال رسول الله عم
ايحل له الصدقة فقال عم لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في
معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله عم في الحاق
مواليهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وما جباه الامام اي جمعه والثغور جمع الثغر وهو موضع مخافة البلدان
والقنطرة لا يرفع والجسر ما يرفع وقوله وهؤلاء عملتهم اي القضاة وعمالهم والعلماء علماء المسلمين والعملة جمع
عامل وقوله فلا شيء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي
والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطي كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي عم واولاد المهاجرين
والانصار وكذا الموات في اخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه
ليكون اقرب الى الوفاء

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي
ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله الا ان العرض
على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر
لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول يعني قوله

وقوله ويحبس ثلثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت
في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا ثلثة
ايام نصب الحكم بالراي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص
لان ورود النص في خيار البيع ثلثة ايام ورود فيه لان التقدير بثلثة ايام هناك انما كان للتامل والتقدير
بها ههنا ايضا للتامل وقوله ولانه كافر حربي بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستامن لانه لم يطلب الامان ولا ذمي
لانه لا يقبل الجزية منه فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلايل يعني قوله تع فاقتلوا المشركين وقوله عم من بدل
دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان
قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قاله في النهاية كذا في المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم
من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تع فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة
للقتل من حيث انها جناية متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب
ان يشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة
وفيه نظر لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالراي ولنا انه عم نهى عن قتل النساء ولان القتل جزاء الكفر
والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الاخرة لان تعجيلها يخل معنى الابتلاء الذي هو من الله اظهار عليه
لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن
هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك
بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله عم قتل
مرتدة فقد قيل انه عم لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله عم وكان لها ثلثون
ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله عم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس يجري على ظاهره لان التبديل
يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن
تحبس ظ وا علاء رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها
قال ابو ح اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي ان يجبرها على الاسلام قال
المص اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت عن ايفاء حق الله بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي
الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر
الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى
حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل
فلا فائدة في الدفع الى المولى قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك المرتد عن امواله بردته
زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا عند ابي ح وعندهما
لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه ليتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك
فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف مباح الدم وله انه
حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر
ليس بمبيح له ولهذا الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من
لازمه وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهورية امارة
المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك

مع عجز انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء
ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل
العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار
الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره محل السبب عمله وزال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج
المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وافضى
الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم
احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله
وان مات او قتل على ردته اعاده لان لفظ القدوري والاول كان لفظ ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي فيكون
فيئا يعني يوضع في بيت المال لا يكون للمسلمين باعتبار انه مال ضايع وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله انه مكلف
محتاج الخ وقوله ويستند يعني التوريث الى ما قبيل ردته فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثته ورثته منه
من وقت الاسلام وللاخير انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب الاسلام لوجوده اي لوجود
الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرط وجوده
قبلها اي من شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث
فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا
الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه
في رواية عن ابي ح وهو رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء
الثلثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث
ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي ح هي رواية ابي يس عنه
انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث
ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه وعنه اي
عن ابي ح وهو رواية محمد قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلثة سواء
كان موجودا وقت الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده
كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض في انه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن كذا في
النهاية وحاصله اي على رواية الحسن يشترط الوصفان وبقاء كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت
الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان
وعلى رواية ابي يس يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول
وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانها سبب للهلاك
كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض
يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل الوجه يستند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت
الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامراة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب
بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما
ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من اثار النكاح من الدخول
وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي ح فان ما اكتسبه في حال الردة فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله

بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان المراة لا تقتل والرجل
يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها
بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها
ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات
وهي في العدة الا يرى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته
ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار بقوله لقصدها
ابطال حقه وبيانه ان حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه
فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بنفس الردة
فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا تكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها
وان لحق بدار الحرب مرتدا ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات
اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي
يبقى ماله موقوفا وهو احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع كونه غيبة كما يرى وهو ضعيف
جدا ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم فاعتقاده كاعتقادهم
واما حكما فانه لما بطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي حكم
اهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تع اومن كان ميتا فاحييناه ولان ولاية الالزام
منقطعة كما هي منقطعة عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بالقضاء لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر
موته الحكمي ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله مدبروه الخ كما في الموت الحقيقي وقوله
ثم يعتبر [illegible] والقضاء فيه لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متغايران وقوله هذا رواية عن ابي ح وهو رواية زفر
عنه وقوله وعنه اي عن ابي ح انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي ح ايضا وهو رواية
ابي يس عنه على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين
اي المداينين مختلف وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدي من كسب واحد غير مختلف
فالمستحق بالسببين غير مؤدي من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول
كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف اداؤه اليه ليكون
الغرم بازاء الغنم وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث
فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان
اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام
فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم
يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه وقوله وجه
الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص
حقه وقضاء الدين من خالص حقه اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فح يقضى دينه من كسب
الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله واما كسب الردة فليس
بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما
يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب وهي

حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق
ههنا هو ان لا يتعلق حق الغير به كما ثبت التعلق في مال المريض ولا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا يرى
ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا انفا وعن
الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى
الورثة وكسب الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية
ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه والاخر بعرضية ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء
الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي ح وعندهما يقضي دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث
فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال وما باعه او اشتراه . ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا في نفاذه
وتوقفه وقال وهذا عند ابي ح وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه
مذكورا في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين
يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت او القتل واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية
تفسير لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته فادعى
نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده
واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني
الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق
من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امراته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد
ولا يقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر
على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام فينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان
كان المراد بها الملة السماوية فينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية ولا معتبرة ولا محرفة
وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب
بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح
يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس
فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم دانوا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن
المراة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد ان فاوض مسلما يوقف فان اسلم
نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو ما عددناه
يعني قوله وما باعه او اشتراه الخ وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الخ وقوله ولهذا الولد له ولد
بعد الردة لستة اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله
ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة
لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف
المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله ولانه حربي مقهور تحت ايدينا
وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل
والمن وقوله فكذا المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم ههنا كان ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذا
ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراف

بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله واستحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نم وجود
الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق
القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه ادميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي
وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني
المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق الموجب للخلل
هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليس كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية وقوله وبخلاف
المراة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه . اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار
الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث
دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الائمة الحلواني في هذا ولو كان هذا بعد
موته حقيقة بان احياه الله تع واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث
عن ملكه فانه لا سبيل له لانه ازاله في وقت كان له فيه سبيل من الازالة فنفذت وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين
فانه لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام
كان له ان يعوده حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يعيده حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه
لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون
بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يتقرر لحاقه الا بقضاء القاضي
وقوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظ وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله انه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة
اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث من
اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة
اشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد
بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو اي المال في دون نفسه كسائر اموال الحرب وان لحق ثم رجع يعني وان لحق
وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم
والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل
القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار
الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان الحق لا يثبت
لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة
والولاء للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم
ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحل بملك الرقبة وقد
ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة احيانا لا تباع الحاكم في صحة الكتابة
فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في حق الكتابة يرجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم فلان
الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء البدل الكتابة لان
الملك الذي كان له لم يبق قائما قال واذا قتل المرتد رجلا خطا واخ وقوله لانعدام النصرة يعني ان التعاقل انما يكون



باعتبار الناصر واحد لا يغير المرتد فيكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند ابح
وعندهما المكتسبان جميعًا فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل لنفصله عن الصفة وقوله
اما الاول يعني ما اذا مات على ردته وقوله فاهدرت يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة
في الخطا لان قطع اليد صار نفسًا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان
معصومًا وقت السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطا لان قطع اليد صار نفسًا بخلاف
ما اذا قطع اليد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصومًا وقت السراية لان الاهدار
لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة
وقوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات
فعليه الدية كاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على ردته اولحق ثم جاء مسلمًا او لم يلحق واسلم وقوله لان
اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان ودليله ان الردة بمعنى لو مات عليه لم يجب بالسراية
شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب
الا دية اليد كالومات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن
الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا مات يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان
النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان
الجناية وردت على محل معصوم لان العرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الغرض انه
لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي ظ وقوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال لعبده
ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث
لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين
وتصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه
لان البيع وضع القطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اي قول محمد وزفر قياس وقول ابح وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب
اما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء له لان
الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية النفس
لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطاء على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا
فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطاء في ماله لما بينا ان المرتد
لا يعقل جنايته احد وقوله واما عند ابح يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له
اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره ان المكاتب يملك اكسابه بعقد الكتابة
وعقد الكتابة لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبهة الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف
الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله الا يرى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق
فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات
المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد
فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد بطريق
اولى قال صاحب النهاية قلت لشيخي في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه

عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع تاثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا
للمكاتب ثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رح
اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت
الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت لوصف في العلة
لا بالعلة نفسها الى هذا لفظه واري ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما ابرز السؤال من
حيث ان احدى علتي المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاخرى بل ابرز من حيث انهما عند الاجتماع لم
لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لهما من الخواص ما ليس لكل من الافراد ونعلل
الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل من تركيبهما امر خارجي او اعتباري حقيقي لا وهمي
ولا يمكن ذلك من الرق والردة فصل واذا ارتد الرجل والمراة والعياذ بالله قيل قوله فلحقت المراة
في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك
ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام
كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى وكلامه
ظ وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما كان تبعا لجده فح يكون الناس
كلهم مسلمين بتبعية آدم عم ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروى الحسن عن
ابح انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب
في النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك
المسائل وفي رواية الحسن عن ابح جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا
واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد عليه اولا واما
صورة جر الولاء فلانه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد اولا يكون
وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد اولا على الروايتين
وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد
يعني يجري عليه احكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل ان ادرك كافرا ويحبس وتوجيه
تحرير المذاهب في الكتاب ظ وقوله لهما اي لزفر والشافعي انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام
فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة
دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي
الآخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل آخر وهو واضح وقوله واختياره فيه مشهور يشير الى ما قاله شعر سبقتكم
الى الاسلام طرا • غلاما ما بلغت اوان حلمي • واختلف الرواة في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن
محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي عم دعاه الى الاسلام في اول
مبعثه ومدة البعث ثلث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلثون انتهت بموت علي فاذا ضممت خمسا الى
ثلث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال العيني اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين وقوله
ولانه اي تحقيقه الاسلام دليل آخر وهو ظ وقوله وما يتعلق به سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا على التصديق
اي هو التصديق وهو ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر مبتداء محذوف ويجوز ان يكون مبتداء وخبره قوله هو الحكم
الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو ويجوز ان يكون قوله ما يتعلق به مبتداء وسعادة ابدية خبر او هو اولى وهو

جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام ليشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل في الايمان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا احضر الجمعة وصلى وقع فرضا وهو ليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا لان احدى الجهتين مؤيدة للاخرى فلا يكون تنافيا فيه وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان ايضا وقوله ولهم اى لابي يو وزفر والشافعي وقوله لابي ح ومحمد فيهما اى في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا قياس منا لوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال في النهاية وفيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لعباده والله تع ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي واشار اليه في المبسوط ثم قال فالاولى ما تعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده فالبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا فعل كذلك باهل حروراء بالحاء المهملة ممدودا او مقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي ابا موسى الاشعري بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب بقوله تع فقاتلوا التي تبغي الاية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تع ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تع يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر الاخرون وكلامه واضح وقوله والمروي عن ابي ح من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن عن ابي ح ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عم من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام اما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين لقوله تع فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب وقوله اجهزوا اتبع على بناء المفعول ويقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسير هو مقول علي ولا يكشف ستر اي لا يسبى نساؤهم الا يرى ان اصحاب علي سالوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمتم فلمن تكون عائشة والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء ثم يقال فلان قدوة اي يقتدى به وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي وقوله اما عدم القسمة فلما بينا اشارة الى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله ولانهم مسلمون وقوله وازعجوا يعني اقلع اهل البغي من المصر قبل ذلك اي قبل اجراء احكامهم على اهله وقوله في الوجهين اي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله رواه الزهري وقع الفتنة واصحاب رسول الله

الله عم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام لاعتقاد الاباحة يعني ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولهما فيه اي لابي ح ومحمد في قتل الباغي العادل وقوله فيعتبر الفاسد اي يعتبر التاويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اي التاويل الدافع للضمان وقوله وليس بتبعه بالكوفة تقييده بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله الا بالصنعة يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا بعمل غيره فلا ينسب اليه الا يرى انه يكره بيع المعازف قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بعمل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اى لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابي ح بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تع

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقال الله تع ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه لما انه يلقط وهو حر اي في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم من آدم وحوا عليهما السلام وهما حران والرق انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية وقوله هو المروي عن عمر وعلي روي عن علي انه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر مثله وقوله والخراج بالضمان اي له غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خارج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله الا ان يامره القاضي به ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح ان لا يرجع ما لم يقل للقاضي وذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اي في حق النسب وقيل يبنى عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط اي لو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اي على خلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط ووجه القياس في دعوى غير الملتقط يتضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو انه تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار

على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب ماله ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه
الآية وقوله انه متناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء وقد يشتبه على الناس حال ولده الصغير ويظن انه لقيط
ثم يتبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف
احدهما علامة في جسده فهو اولى به اي يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب
في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع
فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يوصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف
يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزم وههنا يلزم اجيب بان الفرق بينهما هو ان اصابة الواصف
امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له ويحتمل انه اصاب لانه راى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على
الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق وكاليد في دعوى النكاح اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط وقد وجد ما هو سبب
الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا يرى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له
به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب للاستحقاق
حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا وقوله واذا وجد
في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظ وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على اربعة اوجه احدها
ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل
الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان
المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الروايات ففي كتاب
اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في
المبسوط وقوله في بعض النسخ يعني نسخ دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده ظ فان قيل البينة
لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما منه اجيب بان الخصم هو الملتقط بما في
يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب
والرق وهو ضرره فثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يبطل الحرية الظاهرة
بالشك ويمكن ان يعتبر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه ثبت له
والثاني انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في بني ادم الحرية فلا تبطل
بالشك فافهم والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي
وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك اذا اقاما البينة وليست احدهما
اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي
صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه
من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم ترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع
احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من
المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط
في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله القميص الذي عليه
فان قيل الظ يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظ حجة مثبتة وليس كذلك

كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير وقوله ثم يعرفه الواحد اليه ظ وقوله والموجود في كل واحد
منهما اي من الملتقط والام احدهما ان للملتقط رايا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا راي لها وقوله لانه
من باب تثقيف الثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتاديب والتهذيب وقوله
بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني ادم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف
بني ادم اللقطة وهو الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها
لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وقوله هو الافضل عند عامة العلماء
احتراز عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذه
جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك
الموضع وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين
ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تع والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع
وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب
اليه لقوله تع وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل
تركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان
كذلك اي اذا كان اخذها ماذونا فيه شرعا لا يكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لانا سبب
قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا اسقط الملتقط انه يأخذها الخ لا يكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ
لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا يكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادق الملتقط والمالك
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك
ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد المشهود
عليه وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي ح وم وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله اما عدم
الضمان فلان الظ شاهد له لاختياره الحسنة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له
شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله
فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكره والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى
عليه الغصب وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ظ ومحل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه
ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذه منه الظالم فترك
الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع
القدرة عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظ وقوله وهذه رواية عن ابي ح يشير الى انها ليست
ظاهر الرواية فان الطحاوي قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا
في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى البخاري في الصحيح مسندا
الى ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي ع م فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها
ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها
والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقوله هذا الحديث يدل

على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئا
من هذه المقادير اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع
مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه
ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان ياخذها لان الالقاء منه كان دليل
على ان الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع
فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظ انه لما القاها **قال** فان جاء صاحبها بعد التعريف
دفعها اليه ايصالا لعين حقه المستحق الدفع اليه والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا
لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها الى مستحقه وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق ان
حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها
كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجيب بان الملك يثبت
للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان ماذونا في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب
الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت
للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب
يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين
ورثته فانه ياخذ ما وجد قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت
بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط
قيام البايع والمشتري والمالك ايضا وسيجئ تمامه في البيوع ان شاء الله تع وان شاء ضمن الملتقط
وهو ظ فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجيب بقوله لانه باباحة من جهة
الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في
تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين فما ذكره في الكتاب وهو واضح وان كان العين قائمة
اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك اذا لم يجز الصدقة فلا يخ اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير
او هالكة فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء الفقير وايهما ضمنه
لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال
الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط
في الشاة والبقر ظ سوى الفاظ نذكرها قوله والاباحة اي اباحة الاخذ وقوله واذا كان معها اي مع اللقطة
ما يدفع بها عن نفسها يعني ما يهلكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك مع الفرس وقوله
فيقضي بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بابقاء
عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر يامر ببيعها فيبعث
اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب
عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على خدمته لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه وكان للقاضي ان
يعينه على ذلك وقوله وفي الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة
عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجيب بقوله وليست تقام

يقام للقضاء اي بل البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله وان قال لا بينة لي اي
الملتقط قال لا بينة لي على انها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت
وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب
ولو لم يامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل
بقوله انما يرجع الملتقط اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله
والاصح ان يامر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط ثم يرجع على اللقيط والا فلا وهذا
احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي الرجوع **قال** واذا حضر يعني المالك
كلامه ظ وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حي بنفقته يقال نشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها
ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي لا يحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا
العفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط يقال اوكى السقاء شده
بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله ابقاء ملك المالك من وجه يعني من حيث تحصيل الثواب فيملكه
كما في سايرها اي في ساير اللقطات تاويل ما روي من قوله عم لا يحل لقطتها الا لمنشدها لا يحل التقاطها الا
للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة
شرفها الله مكان الغرباء لان الناس ياتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بتيسر الرجوع لهم اليها فالظ
انها للغرباء ولا يظهر عودهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فازال رسول الله عم
ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا للمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله لهما اي المالك
والشافعي حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة
البينة وله ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد
لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها للاباحة اي وجب
حمله للاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة
وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل ان يقول احمل على الاباحة عملا بالمشهور
يستلزم عدم جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي لم يقل
بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب والمقصود ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله
بخلاف التكفيل لوارث غايب عنده اي عند ابي حنيفة رح وانما رد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم
تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي اخذ الكفيل
عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله لان المالك ههنا غير ظ يعني فجاز ان يكون المالك هو
الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا
فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين في الوديعة ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما
صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشئ وههنا
للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه
ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض
عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في
المبسوط وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حلالا على حلها اي

ليكون حاملاً وباعثاً على رفعها قوله لاطلاق النصوص يريد به قوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير بما رويناه وهو قوله عم فليتصدق
به وقوله والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه يباح للفقير حملا له على رفعها وقوله وانتفاع اي جواب عن
استدلاله بحديث ابي وقوله وهو جائز اي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله لما فيه
من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله
من تحقيق النظر من الجانبين **كتاب الاباق** قال صاحب النهاية هذه الكتب
اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب يتجانس بعضها بعضاً من حيث ان في كل منها عرضة الزوال
والهلاك والاباق هو الهرب والابق هو الهارب من مالكه قصدا والابق اخذه افضل في حق من يقوى
اي يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الابق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد
الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك
الابق ثم آخذ الابق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي واما اختيار
شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال
والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم اذا دفع الابق اليه يحبسه ظ وقوله ولنا ان الصحابة اتفقوا على وجوب
اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر في جعل الابق دينارا واثنا
عشر درهما وقال علي في جعل الابق دينارا او عشرة دراهم وقال ابن مسعود اربعون درهما وقال عمار بن
ياسر ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر
وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة فان قلت كان الواجب ان يأخذ
باقل المقادير لتيقنه اجيب بانه لم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل
على ما اذا رده ما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منهما
وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الابق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة
اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله ويقدر الرضخ
تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فان علموا بالقسمة كان لكل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم
والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما
مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المص بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره بقوله
لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي ح وقوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه ظ في حق
ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه
فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب
او الحر وقوله ولو كان الراد بالمولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظ ولم يذكر الجواب ما اذا لم يكونا في
عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد
ابيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الابق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك
واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلا شيء ولم
اطلاق الكتاب اي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فله وان ابق من الذي
رده اذا ابق الابق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اي لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ

الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المص وذكر في بعض النسخ اي نسخ
مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البائع من
المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا
هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح
وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقائه
صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبره مكان الاعتاق لم يصر قابضا
والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض
واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة
البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد
الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل
ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله
تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى
الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من حيث اعادة تلك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول
عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه
ليرده ظ وقوله فان كان الابق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تع وقوله والجعل بمقابلة
احياء المالية فيتقدر لانه يلزمه اذا رد ام الولد وما ثمة احياء المالية عند ابي ح واجيب بانه لا مالية
فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها وقد احيا الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد
الابق ان كان مديونا بان كان مأذونا له فلحقه الدين في التجارة او استهلاك مال الغير واديه مولاه وقوله
كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع
ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الابق موهوبا فالجعل
على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر ان الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر
قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجب
الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد
اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع
الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب
بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما
وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا وقوله وان كان
لصبي الخ ظاهر **كتاب المفقود** قد تقدم وجه
مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء
اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب
ما يدل على معناه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت وقوله نصب
القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله
ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله وانه اي

الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابح يملك
الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة
قضاء بالدين للغايب والقضاء على الغايب وللغايب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغايب
غير متصورة الا اذا راه القاضي اي جعل ذلك راياً له وحكم به فح يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل
المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب
بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر او لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه
كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظ وقوله من النفقة للاخ والاخت
انما كان من النفقة للاخ والاخت انما كان من الثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا يجب الا بالقضاء او الرضاء
ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضاء وقوله فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله
وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا اي الاحتياج
الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح
والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر انه
لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب وهو ليس بخصم عن الغايب ولا يقضى على الغايب
اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك الغايب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار
الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله لان القاضي
نايب عنه اعترض عليه بان القاضي نايب عن الغايب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا
يكون نايبا واجيب بان القاضي نايب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ فقط فان قلت
اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك
اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه
للغايب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نايبه والمالك غايب ولا نايب له حقيقة لانه لم يوكله وهو
ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال
آخر للمفقود ولا يكون النايب حكما الا في مثل ذلك وسيجي تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تع مالك
ولا يفرق بينه وبين امرأته كلامه واضح وقصته من استهوته الجن اي جرته الى المهالك وهي المهالك ما روى عبد
الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خبزة في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت
فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر
الخطاب قد ابان امرأتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين
المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي
بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المراة ودفع الضرر عنها فان العنين
يفرق بينه وبين امراته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولي وامراته بعد المرابعة اشهر لدفع الضرر عنها
ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص بان يجعل السنون مكان الشهور
فتربص باربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظ وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي
عليه مجمل وقول علي خرج بيانا لذلك المبهم وقوله وعمر رجع الى قول علي رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلاء
جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الايلاء وهو ظ فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف

المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل وقوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة
وتقريره ان العنة بعدما استمرت سنة طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التابيد فيفرق
بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها موجود بعد مضي اربع سنين وبعده
واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود روى الحسن عن ابح
انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول اهل الطب
والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة ظاهر الرواية مقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق
احد من اقرانه حكم بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل
النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه
في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح فرايض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف مائة سنة
لان الظاهر ان لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط وليس بغالب ولا نادر
والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين
ان لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشيء اصلا لتعطل
حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظ وكذلك
لو اوصى للمفقود ومات الموصي اي لا تصح الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى رجل للمفقود بشيء
فاني لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة
المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظ وقوله وتصادقوا اي الورثة
المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل
ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده
لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقولوا ولاد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم
شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف
الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت
فاقامت البنتان البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث
معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة يثبتان الملك
لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت
ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يديه جحد فهو
غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنين والمسئلة بحالها فان القاضي
لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج
شيئا للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود
وطلب البنتان ميراثهما وتصادقوا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك
الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما
الثلثين فكان النصف متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه يوقف
له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرايض السراجية في علم الفرايض
وقوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك

امراة حاملاً وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فريضتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامراة حاملا فان المراة
يعطى الثمن لانه لا يتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امراة
حاملا واخا او عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان
ممن يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن
كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا يرث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع
والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود ويعني انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا
فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شيئا وكذلك
لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا يستحق الام السدس وان كان ميتا يستحق الثلث كما في
الحمل

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من
حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة
عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم يسمى العقد الخاص بها وان لم
يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي عم بعث والناس يتعاملونها فقررهم
عليه وتعاملها من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود
وكلامه واضح وقوله خلطا يمنع التمييز راسا كخلط الحنطة بالحنطة او الا بحرج كخلطها بالشعير وقوله
فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه وقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قيل
الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل
بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع
من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وقوله قالوا للوكالة
احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصور
يقع لمن باشر سببه خاصة لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة
من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان
من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا وان
يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا
بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على
ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يستلزم اشتراط المساواة في ذلك المال
في راسه وربحه او لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال
الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين
اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري
وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء
وانتهاء اما ابتداء فظ لما ذكر من ماخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان
لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة يشترط المسا

المساواة فكذا في الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح
فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون
وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشرى او
بشرى الثوب كان فاسدا وكذا الكفالة للمجهول بالمعلوم بط فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة
العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله ما احب اجيب بان العموم
ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة في حق شرى الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس
فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك
تبعا فكذلك ههنا الا يرى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند
العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ لو صح ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لتحقق التساوي اي في كونهما ذميين وقوله
ولا يجوز اي المفاوضة بين الحر وبين المملوك واعترض على قوله ولهذا انه لا تساوي في التصرف بان المفاوضة
تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية
فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين
الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت كما قال ابو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة
والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من يجعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة
واما مواجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل
ان يتقبل ذلك العمل على ان يقيمه بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل
ذبيحته واما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية
عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق
المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة
على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك الكتابيان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون
عاما في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة
ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظة العموم فصل وتنعقد على الوكالة والكفالة
اي وتنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات لتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله
ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر
والثاني اشار بقوله لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله
لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله
وللبائع اي ولبائع الطعام والكسوة وقوله فيما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار اما صورة
الشراء والبيع فظاهرة واما صورة الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دابة او
من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه
بالتجارة وكذلك ان يستاجره لحاجة نفسه او استاجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان
شريكه اذا ادى من خالص ماله رجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه
من المؤدى واما في شركة العنان فلا يواخذ به غير الذي استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه

من القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والصلح والخلع عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين
جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى
انه لو ثبت بالبينة وبمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح
عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت
المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل
الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا اتبين صورة غيره وقوله ولو كفل احدهما الخ وقوله ولو صدر يعني عقد
الكفالة ذات قيد بحال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال
بالاجماع لان الاقرار بها ملاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله فبالنظر الى البقاء صح لتضمنه
المعاوضة يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة يتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك
الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمه في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا
جهة التبرع فيه ولم يعتبر ههنا لان الابتداء ثمه محتاج اليه ولا كذلك ههنا لصحة الابتداء لكون الضمان من اهل الضمان
دون الصبي وقوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمأذون الخ واما الاقراض فعن ابي ح يعني ان فيه روايتين
قال في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي ح لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله
ولو سلم فهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة
لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لا يأخذه
المقرض بعد الاقرار حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم
لان تاجيل الاقراض والعارية جائزة ولكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت الكفالة بغير امره
متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شروح
الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمص
تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق
جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه ح يكون معاوضة انتهاء والا فهو
تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي ح يعني فانه يلزم شريكه وعند محمد
ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي س في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وبعد
تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المص في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي ح بان محمدا مع ابي ح
في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي ح ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه وجه
ابي س ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما
ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك
المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح اقرار المأذون به ويؤاخذ به في الحال
وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة
انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء وكل ما
ليس بشرط فيه ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن

عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المص تامل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه
بان عقد الاجارة لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين فح كيف يصح التعليل بعدم
اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء
وهذا ثابت بالاستقراء وينضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة
لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون لبعض العقود اللازمة ايضا للدوام حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان
الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان اورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان
هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

فصل

لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة
غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا ينعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا
ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان
المفاوضة يجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك نظرا
لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول
بها كما صنع ابو ح في المزارعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها
وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به وقوله بخلاف المضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان
القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح
ربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم
والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل
كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الشركة
اذا عقدت الشركة في العروض ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة
كانا شريكين في الربح الذي حصل في احدهما فح يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون
ذلك المال ربح مال لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما
برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن
واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله تفاضل
الثمنان اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فتح وقوله ولان اول التصرف في العروض دليل
البيع وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة
ففي كل موضع لا يجوز الوكالة تلك لا يجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء
من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان
ربح ما قد ضمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعيانهما ليظهر ثمرة الاختلاف
فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد
واما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجيء تمام البحث
في كتاب البيوع ان شاء الله تع وقوله والاول يعني كون ابي س مع ابي ح اقيس لانهما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين
بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة
لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان حكم الفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال
الشركة وروى الحسن عن ابي ح انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة ولا يجوز بما سوى ذلك

كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله يصلح راس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة وقوله
وهذا الاعرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين انهما اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني رواية
الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانهما اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله
الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا
عند جريان التعامل باستعمالها فانه يجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب
المخصوص بدلالة السياق وقوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطاها
ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف
لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف
لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب تتعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله وهو ظ وشرط جواز
الشركة ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي المكيل والموزون
والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا
بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فبشبههما بالمبيع قلنا لا يجوز الشركة بها قبل الخلط وبشبههما
بالثمن قلنا يجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها يضعف باعتبار الشبهين فيتوقف
ثبوتها على ما يتقوى بها وهو الخلط يثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست
ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق
وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان المتلف يضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل واحد
منهما وقت القسمة باعتبار المثل فيزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من المتلف يضمن قيمته واذا
كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب
القضاء اي قضاء جامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء
جامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القاضي من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي
بينه ههنا في كتاب الوديعة ان الخلط اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك

واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك
تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر
صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال
المص فهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد
بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف
عرضه بنصف عرض الآخر اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة
شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض و
قال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس المال عرضا ونظم كلام
المص لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل
مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني
جهالة راس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة قال القدوري يجوز واختاره

واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من اصحاب الشافعي لان
راس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما
ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان او مفاوضة
يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد يجوز كما في المكيل والموزون بعد
الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد
توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختيار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق
وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال
الجهالة اصلا لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا
لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا
وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز عليه ايراد العقد كبيع الشرب تبعا للارض ثم المص اختار عدم الجواز
وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد
بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة ونظيره ما ذكر القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي
الطهارة ثم عدل المص بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله يبيع صاحب
الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عرض احدهما اربعمائة درهم مثلا وقيمة عرض الآخر مائة درهم يبيع
صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما

واما شركة العنان هذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة واما شركة المفاوضة والعنان ماخوذ من عن اذا
عرض سمي به لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ من عنان الفرس لان
الناس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي
وكلامه ظ وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة
ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وجملة
القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في راس المال جاز عند علمائنا
الثلثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما
على قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح
للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من
راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر راس
مالهما ابدا وقوله وهو قول زفر والشافعي واضح وقوله ولنا قوله عم الربح على ما شرطا العاقدان والوضيعة
على قدر المال رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضع وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي
وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كان قال اعمل في
مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة
وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما
الشئ من وجه لا يلزم ان ياخذ حكمه من كل وجه وقوله وبخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال شرط جميع الربح
لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب
ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه اذا شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط

رب المال صار بضاعة وهذا العذر لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه
الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان
فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط
زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما ويجوز
ان يعقدها كل واحد الخ يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست
بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة تاويل الاستواء بخلاف لفظ
المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن ويجوز ان يشتركا
ظ وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله
فعليه اقامة البينة فاذا عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظ وقيد الوكالة بالمفردة
احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة
والرهن لان المتضمن تبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم
فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانهما
يتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المص انها تتعين فيها بالقبض فلعل في
روايتين وقوله لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك
ماله الا على تقدير تعلق ماله ليشركه في ماله كما يشترك هو في هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظ وقوله
ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد وفائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد ايهما باعه جاز بيعه لان
الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند
الحسن بن زياد لا يبيعه احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر
وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله
معناه اذا ادى من مال نفسه الخ وقوله اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر واضح وقوله لما بيناه اشارة الى
قوله لانه وكيل من جهته وقوله وانه بالخلط اي الشركة في الاصل على تاويل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله
لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ونقول عقد
شركة المال ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة في الثمرة مستندة الى المال بخلاف المضاربة
فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله وقوله وهذا اصل
اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني بناء على اصلهما ذلك حتى يعتبر اتحاد الجنس فانه اذا كان راس مال احدهما دراهم
والآخر دنانير ينعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا
والآخر سودا ولا يجوز شركة التقبل اي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال
فلابد من تحقيق معنى الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه هو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره
مبتنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من
العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز
ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى غير العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم
في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل

الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريا به شيئا لان هلاك المال وبقاءه
اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط
لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين
ولا شركة مع التمييز كما في العروض واجيب بان علة فساد العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح
ما لم يضمن وقوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال
كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفرع المترتبة عليه فلا يشترط
اتحاد الجنس والتساوي في الربح ويصح شركة التقبل وقوله ولا يجوز الشركة واضح وقوله ونظيره في المزارعة يعني اذا
اشترط لاحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما شائعا
ولكل واحد من المفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنان ان يفعل وان لا يفعل
يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز الفعل به ولان له ان يستاجر على العمل لتحصيل الربح بلا خلاف
وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستيجار
اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة
الا يرى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن
جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون الشركة فتتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك
لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك
مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني في
المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجيرا ليعمل فانه
يجوز قولا واحدا فهذا اولى لانه تحصيل ربح بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب
المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف
الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد الماذون
له جاز له ان ياذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب واسبابه
وهذا من اسباب الكسب المطلقة لهما لا انه من المستتبعات وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظ واعترض بان الحكم
الثابت مقصودا اعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء اخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل
غيره فالوكيل الذي ثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو
قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله
لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله
والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة واما شركة الصنايع كلامه ظ وقوله
لا يفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين وهو التثمير ظ وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودها باضافة المقصود الى الشركة
وان كان المقصود للشريكين بادنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة وقوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد
اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك قالا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلف
كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق
ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت
باتحاد العمل والمكان او اختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن

لانه لايتعين على المتقبل اقامة العمل ببدنه بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا
واما الثالث فلان احد الشريكين لو عمل فى دكان والآخر فى دكان لغي لايتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من
الفروع المترتبة على اصل زفر والشافعي فى مسئلة الخلط ان شركة التقبل لاتجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك فى جوازها اذا
كانت الاعمال متفقة اجيب بان زفر له فى هذه المسئلة اعنى الخلط قولان فذكر المص فى تلك المسئلة حكم الرواية التى
يشترط فيها خلط المال وذكر ههنا حكم الرواية التى لايشترطه ولكن اطلق فى اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فتراأى
ظاهره متناقضا وقوله ولو شرطا العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لايصح لان
الضمان بقدر ماشرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه اى الى الربح مالم يضمن
وصار كشركة الوجوه فى ان التفاوت فيها فى الربح لايجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت
فى ملك المشترى فيجوز التفاوت ح فى الربح فى شركة الوجوه ايضا وقوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان
ما ياخذه كل من الشريكين لاياخذه ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استاجر دارا بعشرة
دراهم ثم آجرها بثوب يساوى خمسة عشر جاز لان الربح لايتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد
لان راس المال عمل والربح مال فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك
منهما تقويما للعمل فيقدر بقدر ما قوم به ولايحرم لانه لم يتاد الى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو
الثمن الواجب فى ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق فى الجنس المتفق وقوله وربح مالم يضمن تقديره لو اجاز
اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لايجوز الا فى المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل
فى جانب المضارب وبمقابلة المال فى جانب رب المال وليس واحد منهما فى شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح
موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز وقوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه الخ وقوله
يبرأ الدافع بالدفع اليه اى يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل ويجوز ان يكون معناه يبرأ الدافع
من كل من الشريكين بالدفع اليه اى الى صاحب الثوب مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب
مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان وقوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة
فى المفاوضة وفى غيرها وهو العنان استحسان اى معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان
الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حيث يثبت وان لم يذكروا انما هى مقتضى المفاوضة
فلا يثبت معها ماليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية
للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اى ولكون العمل مضمونا يستحق الآخر
الاجر بسبب نفاذ تقبله اى تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا
كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل وفى وجه الاستحسان مصادرة على المط
فتامل وانما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجراها حتى قالوا
اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان او صابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه
الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة **قال** واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان • شركة الوجوه وهى ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اى بوجاهتهما وامانتهما
عند الناس صحيحة عندنا على هذا اى على كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لايشترى بالنسيئة الا من له
وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه ح يمكن تحقق الكفالة والوكالة فى
الابدال اى الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولابد من التلفظ

التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما
بين الناس وهى اى شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعى والوجه من الجانبين ما بيناه فى شركة التقبل وهو ان
الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لاينعقد الشركة وقلنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد الخ وقوله ولا يجوز
ان يتفاضلا فيه اى فى الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذا اشارة
الى تحتم المساواة فى اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقى فانه يجوز ان تلقى باقل من النصف ولا يستحق بما سواه
فان قيل لم لايجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره فى الامور العامة والخاصة وعلمه
بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة
ولم يوجد ههنا وقوله الا يرى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها وقوله واستحقاق الربح فى شركة الوجوه عود
الى البحث لاتمام المط يعنى ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما
بينا قيل هو اشارة الى ما ذكر فى شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو
اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقرير كلامه استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان
والضمان على قدر الملك والمشترى وكان الربح الزايد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة
لانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اى شركة الوجوه ليست فى معناها لان المال فيها مضمون على كل
واحد من الشريكين واما المال فى المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه فى معناها
من حيث ان كل واحد يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز
فى العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض فى العنان لان العنان يشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن
موجودة لكن لايجوز ذلك لما تقدم انه يؤدى الى ربح مالم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان مؤديا
الى ربح مالم يضمن فقط لاغتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة وليس فى المضاربة ما يقتضى
اغتفاره حتى يلحق به وهذا الجواب يرجع الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مساغه او يصار الى تخلصه المعلوم فى الاصول

فصل فى الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتاخيره عنه لايخفى على احد وكلامه واضح وقوله
لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المط تقرير الاول المدعى ان التوكيل فى اخذ المباح بط لانه يقتضى
صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثانى التوكيل
باخذ المباح بط لان التوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لايصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل
اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لايتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات
الثابت ونوقض الثانى بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده
ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست
كذلك فانه لايملكه الا بالشراء وقوله فليعطه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابى يوسف لايجاوز به نصف ثمن ذلك وقد
عرف فى موضعه اى فى كتاب الشركة من المبسوط قيل تقدم ذكر محمد على ابى يوسف فى الكتاب وكذا تقديم دليل ابى يوسف
على دليل محمد فى المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد ووجه قول ابى يوسف انه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا
فى الحال لانه يعلم فى المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضه ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا فى الابتداء
بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع فى الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه فى اسقاط حقه
عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد انه لايمكن تقديره اى تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة
جنسا وقدرا حيث لايدرى اى نوع من الحطب يصيبان واى قدر منه يجمعان ولا يدرى ان ايضا هل يجدان ما عقدا

عليه عقد الشركة ولا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب وغيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق
فيجب للاجر بالغا ما بلغ الا يرى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشترك
ولاحدهما بغل وللآخر راوية الراوية في الاصل بعير السقاء لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي المزادة ههنا قال
ابو عبيد المزادة لا يكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيقدر
بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام
متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان
العلة اذا لم تصلح علة لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا اي غلة
لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم
بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الخ وقوله لانه اي الموت عزل
حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا يرى ان الوكيل
ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت
واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع
بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا يصح الشركة بدون الوكالة اشار
المص الى ذلك انفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله
لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل ابعد عن مسائل الشركة من قبل انها
ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره قوله اذا ادى ما ضمن
كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اداء بعض ماله على يد
الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله لانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء الدين
فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لا يضمن شيئا فقد فرق
هناك بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان
يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه
موجبا عزل الوكيل حكما يوضح الفرق ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق للموكل فيه ضرر لانه
يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل
لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا اوجب الضمان بكل حال واعترض
عليه ايضا بان زكوة كل واحد يسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكوة
عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء واجيب عنه بانه امره باداء الزكوة عنه في حال استقرار الزكوة
عن الامر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكوة الحالة حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة
انها حالة استقرار الزكوة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون وكان مخالفا لامره لذلك ضمن واما دم الاحصار جواب
عن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا
ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس هو واجب البتة
لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل
بفعل المحصر قبل فعل المامور فعرى فعل المامور عن المقصود بخلاف اداء الزكوة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا
مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الآمر بنفسه فعرى فعل المامور عن المقصود فيضمن وقوله واذا اذن احد

المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل
كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة
لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابي حنيفة ان الجارية دخلت
في الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة
لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة وانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها
في الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها
وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائهما الا يرى انهما لو شرطا التفاوت
بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب
بانه كان يحل وطئها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه
استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان ما يوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطئها
وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطئ لا يحل الا بالملك ولا وجه
الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال حل الوطئ بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به
ما ذكر انفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت
نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشايع لان الجارية مما لا ينقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة
لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا
قضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما ان من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر
المال ففعل لا تصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة
فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطئ والملك لا يثبت في الجارية بالهبة
حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطئ هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة وانما لا تصير هبة لانتفاء
القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن
الثاني ان المص اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله
وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما زيد على اصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا
ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي
بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير
منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف عن ملك الواقف
وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرف به ابو حنيفة يقتضي لا يصح الوقف لانه قال والتصدق
بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني
المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه لا يجعله لازما
فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية يصرف المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز
بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه ولفظ اخراج مخرج الوصية بان يقول اوصيت
بغلة داري فح يلزم وعندهما هو حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي ينتظم قولهما وما قاله ابو حنيفة هو حبس العين على

ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تع انسط اما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدا ببيان
دليلهما بقوله لهما قول النبي عم لعمر روى صخر بن جويرة عن نافع ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا
نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به فقال تصدق باصله لايباع ولا يوهب
ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى
منه ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر بخيبر حين قسم
رسول الله خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد لازالة استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج
لتلك البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي ح قوله عم
لاحبس عن فرايض الله اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية
من البحيرة والسايبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع ابطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل
طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد عم ببيع الحبس يدل على ان لزوم الوقف كان في شريعة
من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك قوله كالسايبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري
او برئت من مرضي فناقتي سايبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسيب اهل الجاهلية من حيث ان العين لايخرج من ان
يكون مملوكا له منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم يخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق جواب
عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد دون
وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لايزول ملك الواقف
الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فتنازعه بعدم
اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قوله فالصحيح انه لايزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي ح
فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك
وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لايستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة دايما
ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل الوقف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع
مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم وهو الذي فوض اليه الحكم في حادثة
معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما حكم الحاكم
في اليمين المضافة وساير المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لايفتى به وقوله قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد
الموت يعني يلزم الوقف ح على مذهب ابي ح بخلاف الوقف في الصحة فانه لايلزم عنده قال الطحاوي في مختصره و
قد روي عن محمد عن ابي ح ان ذلك لايجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصله وقال المص
الصحيح انه لايلزم عند ابي ح لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لايلزم ولايمنع الارث كالعلوية
وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه
اي يثبت التمليك من الله تع ضمنا للتمليك من غير الله تع وان كان لا يثبت التمليك من الله قصدا فياخذ
التمليك من الله تع حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة الزكوة والصدقة
يعني ينزل التمليك من الله تع في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تع في الزكوة حيث
يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على
ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا يصح عند ابي ح على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل

الكل فخرج عن ملك الواقف يعني على قول ابي س وم ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له لتواجه عن
ملكه كساير املاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون قولهما على
الوجه الذي سبق تقريره اعتراض عليه بانه ذكر قبل هذا لايزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثنا
انما يحتاج اليه على قول ابي ح في حق زوال الملك عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم
الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لايصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق
عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه
غير صحيح والجواب عن الاول ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم و
الصحة لاتستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي ح الا اذا حكم الحاكم
فانه ح يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لايلزم من اللزوم
الخروج عن ملك الواقف عند ابي ح لان الوقف عنده عبارة عن حبس العين عن ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تع قربة لايمنع التصرف فيه ممن خرج عنه
الا يرى ان القربان يصير بالاراقة لله تع ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق بتولية
الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه
تصرف غيره واما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف والبادي فعلمنا ان الله تع لم
يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحق بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض
بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف المشاع جايز عند ابي س
لاخلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط اولا فعند ابي س
ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما لايقسم فمحمد ايضا يجوزه ويعتبره بالهبة والصدقة المنفذة
اي الصدقة الخالصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله الا في المسجد و
المقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جايز عند ابي س فانه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة بان كان
الموضع صغيرا لايصلح لما اراده الواقف واتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد
والمقبرة في المشاع الذي لايحتمل القسمة لايجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فلان
بقاء الشركة تمنع الخلوص على ما يجي واما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فبقي
ان يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح الى اخر ما ذكره في الكتاب وهو ظ ولا يتم الوقف
عند ابي ح ومحمد لايتم الوقف عند ابي ح ومحمد حتى يجعل اخره بجهة لاتنقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين
حيث ما وجدوا مثلا وقال ابو س اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يعقب على اولاده وعلى امهات اولاده جاز
وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل
ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتابد كالعتق فموجب الوقف يتابد واذا كان الجهة يتوهم انقطاعها
لايتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل
في كلام المص تناقض على قول ابي ح لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف
فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال ههنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد
ورواية عن ابي ح والمذكور في اول الكتاب وهو قول ابي ح في رواية لغيره فيكون عنه في المسئلة روايتان
وقيل اراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه ح يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وبهذا وفق

واقوله هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المص يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف
ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تع وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف الى
جهة تنقطع واخرى الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى
ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان
لم يسمهم وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما انه لا يشترط التابيد
اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمص اشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب
واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا على الارسال اي ما
ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعا لموافقه اولا وقول
ابي يوسف والاكرة جمع اكار وهو الزراع كانها جمع اكر تقديرا وقوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي عليها
البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جاز افراد بعض المنقول يعني من غير ان يجعل تبعا للشيء كما في المتعارف
مثل الفاس والقدوم والمر عنده اي عند محمد فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا اولى والمراد بالكراع ههنا
هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما مر ان شرط التابيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدر النحاس
وقوله الحاقا لها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ
في وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم
والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء اصله في ملكه وقوله
ويجوز بيعه احتراز عن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول
لا يتابد وهو ظ وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وهو
بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار وقوله ولا معارض من حيث السمع جواب عن قوله فاشبه الكراع
والسلاح ووجهه ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث
السمع وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع
وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرهما فليكن صور النزاع ملحقة على ذلك ووجهه ان لها معارضا من
حيث التعامل وليس بموجود في صور النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس
وقوله وهذا استظهار على ان الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما يفوتهما ليس معناهما
ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل اقوى من القياس مجازا ان يترك به قال واذا صح الوقف
لم يجز بيعه اي اذا لزم الوقف لا يجوز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فطلب الشريك القسمة فيصح
مقاسمته فقوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار
راجح فجعل كانه بيع اتساعا اما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله عم تصدق باصلها لا يباع
ولا يوهب وما ذكر من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الخ وقوله واما جواز القسمة فظ وقوله فهو الذي يقاسم
اي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي فقوله خالص صفة عقار اي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص
لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب ان يكون المقاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص
الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف
ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيدفع
امره الى القاضي ليقاسمه او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة

القسمة فضل دراهم بان كان احد النصيبين اجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا على ذلك
فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا للضرورة او بالتراضي على ما سياتي في كتاب القسمة ان شاء الله تع فلا يخ اما ان يكون
الواقف يأخذ الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف
لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز وقوله لان الخراج بالضمان هذا
لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولاجازة معانيه جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه
ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم اي
لا يظفر المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرتهم واقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة فيجب فيها وقوله ولو كان الوقف
على رجل بعينه ظ وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني ضمنا لانه قال فهو ماله اي ماله شاء وهذه الغلة ايضا من ماله فلو
لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض اي لا تصرف
غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون
البناء الثاني مثل الاول لا زايدا عليه اصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وان وقف دارا على سكنى ولده ظ
وقوله والاول اولى يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة
واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا وقوله في حيز التردد بيانه ان الامتناع يحتمل ان
يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضي وعمارته ثم رده اليه وقوله
ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير
المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستاجر فان له ان يوجر الدار وليس بمالكها واجيب
بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى
ابيحت له المنفعة ولهذا لو لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره
قال وما انهدم من بناء الوقف والته قال صاحب النهاية قوله والته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف
على البناء يعني ما انهدم من الة الوقف بان بلي خشب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على ما
الموصلة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الالة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح
ذكره بكسر النون لا غير وقوله ولا يجوز على قياس قول محمد بناء على ان التسليم الى المتولي عنده شرط ولم يوجد قال
صدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق وهو رواية المبسوط
والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان وهذا ظ على اصل ابي يوسف فانه لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حال حيوته
جاز فلامهات اولاده اولى واما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه
لامهات اولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط
لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كالاشتراط لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته ايضا تبعا لما بعد الموت
وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حياته اي اشتراط صرف غلة الوقف لامهات
اولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه
في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند ابي يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط
صرف الغلة الى امهات اولاده ومدبريه ووجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه
اي بطريق التقرب الى الله تع فاشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار
كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه او شرط بعض

بقعة المسجد لنفسه وقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه كان
مانعا عن الجواز في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف ما روي ان النبي عم كان ياكل من
صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع
فدل على صحته وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة
لا ينقطع ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب
فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى
اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط
لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى
الاستبدال شرطا فاسدا ويكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون
قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار
عند ابي يوسف بناء على توسعه كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة
حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وقوله وهذا اي الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى
ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز
اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروي النظر فيه وعند محمد لما لم يجز اشتراط الغلة لنفسه لم يجز اشتراط الخيار لنفسه
ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال
الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في
نفس العقد فكان المفسد قويا وقوله واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية
بالجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب
وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا الظاهر
لا يستقيم على قول ابي يوسف لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف
فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فلهذا اوله بعض مشايخنا وقالوا
الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم اه ومعناه اذا سلمه الى المتولي وقد شرط الولاية
لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى
القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط
الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله ولنا ان
المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع
عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم
ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا بيعه ولا يورث منه لان الوقف
اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح
ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال
جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازال بالاعتاق وكلامه واضح
وقوله عن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة هو رواية عن ابي حنيفة ايضا ويشترط مع ذلك ان يكون الصلوة جهرية باذان واقامة

واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان او اقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق
لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد بقولهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سرداب وهو بيت يتخذ
تحت الارض للتبريد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى
وان المساجد لله تعالى اضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المسجد لله ومع بقاء حق العباد في
اسفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت
وعن محمد انه اجاز ذلك كله اي ما تحته سرداب وفوقه بيت او مستغل او دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل
وعن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص
ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة

كذا

وكذلك ان اتخذ وسط داره
مسجدا وسط بالسكون لانه اسم مبهم لداخل صحن الدار لا لشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله ولانه ابقى
الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني
عنه على بناء المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة
مبنية على ما بينا فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس
فيه بالجماعة لا يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك
الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك
اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه سقط ملكه في ذلك
المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لما لم يخرج موضع الكعبة
به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى
قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر وقوله ومن بنى سقاية او خانا ظاهر وقوله بخلاف المسجد يعني ان حكم الحاكم
والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرنا اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول
والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله

ويكتفى بالواحد ظاهر وقوله سكنى الحاج بيت الله الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر
بمعنى السمار لقوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة
من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اقام
في الثغر بازاء العدو مرابطة
ورباطا

هذا آخر المجلد الاول من العناية في شرح الهداية . الحمد لله على التمام وللرسول
افضل السلام . وقع الفراغ بعون الله وحسن عنايته .
في نصف ذي القعدة زاد الله شرفها من شهور خمس
وستين وتسعمائة من الهجرة
النبوية
م

التاسع والعشرون

٢٧٦

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى و ذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها و ذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك و البيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قيد فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب و هو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه و يقال باعه الشيء و باع منه و لاشتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعه و جوازه ثابت بالكتاب بقوله تع واحل الله البيع و بالسنة فانه عم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك و التقرير احد وجوه السنة و بالاجماع فانه لم ينكره احد من المليين وغيرهم و بالمعقول و هو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدر بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب و القبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقد العقل و التمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي عم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء و ثبوت الشفعة و عتق القريب في ملك المتعة في الجارية والخيار بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق و المرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها **قال** البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد ههنا تعلق كلام احد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل و الايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا ولا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم والمتأخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب و القبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما كان كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظ **قال** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي عم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واستدل ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال يحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية و الفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر

لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمناه انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز انما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي و المضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية **قوله** بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح **قال** وقوله رضيت او اعطيتك بذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت و اشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امره بالاخذ بالمبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي **قوله** هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله **ثم** ان محمدا اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم يكفي في تحققه **قال** واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رددت وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق التملك لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير **فالجواب** ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك الثابت من المزكي فعل الحق عملا لا انتفاء ما هو اقوى منه **قال** وانما يمتد الى آخر المجلس يجوز ان يكون عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا و المجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للضرر وتحقيقا لليسر فان قيل لم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك والجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس **قال** والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف فاذهب فاخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي عم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه **قال** وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع في شيئين فصاعدا او اراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما يقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد

عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبايع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة
فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل البايع في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال تضرر البايع بسبب الشركة فان قيل
فان رضي البايع في المجلس هل يصح اولا اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة
استيناف ايجاب لا قبولا ورضي البايع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان البعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من
الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزا فيكون حصة كل بعض معلومة
فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البايع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه
لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فلذلك لانتفا الضرر عن البايع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد
لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع
وثمن وبايع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشيا مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع
اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع
كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البايع
كان قالا بعناه منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا
كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء
هذا كله قياسا واستحسانا واما اذا تعدد البايع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع
والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجبه على قول صاحبيه

قال وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة
الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا
والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح
فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع
ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل
من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله عم البيعان
بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز
والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما
وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة
لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان البايع بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة
كلامهما والكلام وهذا التاويل منقول عن ابرهيم النخعي وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض
فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو ممتنع باجماع متكلمي اهل السنة فيكون
اسناد التفرق اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير
الاعيان سايغ شايع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب
وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال عم ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا
في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد
لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمل على التفرق بالابدان

بالابدان رد الى جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده
وهذا يعني قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف او يقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح
جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من اداء حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول
عن محمد بن الحسن رح

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها الاعواض المشار اليها
كانت او ثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى
المنازعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه
التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما
اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب
ليس لبيانه

قال والاثمان المطلقة لا يصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا تصح
بها العقد الا ان يكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل
ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة
فيمتنع التسليم والتسلم فيفوت الغرض المطلوب من البيع

قال ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي المبيع
ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم يتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق
وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقلا عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة
وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المتاجر فانه لا يحل العقد باعتبار
قيامه مقام المنفعة على حد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو
الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان
وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير
والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى
انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لا بد له
منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير
معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها
كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا بشرائط السلم هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع واقول
الاعيان ثلثة نقود اعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو
متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه وموجل البيع بالثمن الحال والموجل جائز لاطلاق
قوله تعالى واحل الله البيع لما روي انه عم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد ان يكون الاجل
معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البايع في مدة قريبة والمشتري يؤخره
الى بعيدها

قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان
قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع
فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدهما واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية
المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني وجدت من الشارحين من تصدى كذلك على ما ينبغي
فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج دون

لمالية او لايكون شئ منها بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان
الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز
وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود
مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع
فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما فح يجوز وقوله ويكون
احدها اغلب واروج فح ينصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج
اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية
يعني مع الاستواء في الرواج اشارة القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو
ما يكون الثلثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارا والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر
يسمون الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيها اي في المالية يعني مع
الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من
المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة
لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله
وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله
جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا
لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب
ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما
كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلاف جنسه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا
لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال
لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان
الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع
بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه
لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك
كل منهما بالاناء والحجر قبل التسليم فان قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام
ياخذ ايهم شاء ويرد الباقين باي ثمن كان فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة
المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع
باطلا لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاول ولعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا
كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء وحجر
غير معروف وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية الحسن
ابن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة
المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شئ منها فان الفرض عدم
المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شئ من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن
المجازفة واظهر من حيث الرواية ومن باع صبرة طعام الخ اذا قال البايع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم

بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس اولا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها
من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل
متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا
تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات
المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول
او شرط وشرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ونعيد في المجلس
فيما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارضي فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور اثره في اليوم الرابع وما امتداد
الاجل ولهما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما فلانهما ترتفع بكيل
كل منهما وقيد بقوله بايديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البايع ان كان هو الراقم
او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع
عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا
بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره
فلهذا لم تجوزه ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفقة عليه دون البايع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكن جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان
فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمهما ولم يسم واما اذا لم يعلم بهما فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما ياتي فلا خيار له
وبحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى
احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم
يوجد الخيار واما ثانيا فلان قياس قول ابي حنيفة ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى قفيزا من بدر
فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد
واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نم تفريق الصفقة
لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم
لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان
الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة بتفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما
ايضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل
للجهالة صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال
فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه وكذا اذا كيل
في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا لذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق
الصفقة على البايع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق اولا فصار كما اذا راه ولم يكن رآه وقت
البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد
وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة

بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او
احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى فظاهرة واما الثانية فلان
المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلوما ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين
جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني وعندهما فهو جائز في الكل لما قلنا
ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او
اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته في الثمن وبين الفسخ لتفرق
الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضى وان كان الثالث فالزايد للبايع وقع على مقدار معين وهو المائة فكل
ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف
فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيرا ايهما ان شاء
باشرها او تركها واذا كان المشتري مذروعا كما اذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع
فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف
في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فعنيه بقوله الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فعنيه بقوله كاطراف الحيوان فان
من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينتقص من الثمن شيء فلهذا اي ولكون الذرع وصفا لا يقابله شيء
من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه
بحصته وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان
الزايد للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم
ان هذه المسألة من اشكال مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذرع
وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلف عباراتهم في ذلك فقال
بعضهم ما يتعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده
تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا
يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب فان عشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز
فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انه عشرة اقفزة واما الذرع
الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا
فالخمسة الزايدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل او الوزن
اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نم ان
الاوصاف لا يقابلها شيء في الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات
ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب
كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد
المبيع قبل التسليم وحكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه
المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبهها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات كذا ف

في النهاية وفيه نظر لان المعيب ان كان ثيابا لم يكن هذه المسألة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع
بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه
صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان
مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري اخذا كل ذراع بدرهم
وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على ياتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسألة الاولى بان
الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن لكان اصلا في المسألة الاولى وايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة
اذرع ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان الذرع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء
العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع
منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند
ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة والاولى ان يقال
اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف انما يصير اصلا اي شبيها بالاصل
اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زيادة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل
له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما
بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع
ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجد احد عشر او
تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذرع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة
على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة
والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من
ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذرعان الزايد لو لم يدخل كان بايعا لبعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول
تحريا للجواز والقفيز الواحد ليس كذلك ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او
حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء
عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونهما عشرا فتخصيص
الجواب باحدهما تحكم وله ان الذراع حقيقة في الالة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق
ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون
مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم تجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من
اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون
في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار
على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق
عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة
اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف
الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان اما اذا عرف مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع
بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب عدل الشيء
بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او

احدى عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة واما اذا انتقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا
او وسطا او رديا وح لا يدري قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا شك في فساده
واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ
الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا
من قال ان البيع فاسد عند ابي ح في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم
شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا
لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما
هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي ح وعندهما يجوز في الهروي ووجه الاستدلال ان
الفائت في المسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات
احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان مثل الناقص معلوم قطعا فلا يفسد البيع وفرق بين
هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير
مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم
ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروي
بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان **قال** ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو ح اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار
وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء قال محمد اخذ في
الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل على كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة
نصف الذراع بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو
باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف انه بافراد البدل صار كل ذراع كثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع
لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي ح قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله
شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما
وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة
الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية
اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون
لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يتعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا

فصل فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في
البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا في الدخول ونعني
بالقرار الحال الثاني على معنى ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال
قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لا يقال لم لا تم
تناول البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة
الخاوي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا تتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم تتقيد به ويحنث بالدخول بعد
الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على تأويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من

من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع
الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل
ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام **قال**
ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمره لقوله عم من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل
لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثم قال عم الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو اشارة الى الاعتبار بثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا
ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال
الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وكان
على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم
القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك
ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه
وتسليمه اياه فارغا قوله هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره التسليم واجب في صورة انقضاء
مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي ولا فرق
بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون
للمشتري وجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم
يكن موضوعا للقرار قوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان
لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها
كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري
وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال
ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان في صحيح بعض النسخ رحمن بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف في
جواز بيعه يعني فمن جوز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا والمشفر
البعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قال** ولا يدخل الزرع والثمر اعلم
ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك
وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من
حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها ففي الثاني
والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق
ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ
هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا او الزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح
به **قال** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني
جائز بدا صلاحها بصلاحها لانتفاع بني آدم او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او
في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ان البيع قبل ان
ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح

ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى فلما اشار اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار في اول ما يطلع
وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشرا جائزا في اول ما اطلع لما وجب العشر على المشتري اما الثاني
فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب
عن الحديث ان تاويله اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله عم ارايت لو اذهب
الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشتري بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم
واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع قوله وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز
اذا اشترى اما مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريته على ان اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير
اوان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغير ما
والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار
او اجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها او اجارتها جائزة فيلزم صفقة
في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي ح وابي يس وهو القياس لان شرط
الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف
ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لا نم ان
التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن للمعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشتري الثمرة التي لم يتناه
عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في
ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها
بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج
لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد منهما من ملك البائع شيء بل الشمس
تنضجها والقمر يلونها والكوكب يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخل باستيجار
النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين
الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص
سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا
فيطيب له الفضل فان قيل لا نم بقاء الاذن فانه يثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان
المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي
لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء
عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشتري الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر
للبرد والفاسد له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا للشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا
انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخل وتركها
واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع
لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك
للبائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده

يده فكان الظاهر شاهدا له وهذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكى
عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك
تبعا وبهذا شرطان يكون الخارج اكثر وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا احدث شيء قبل القبض واذا
حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا احدث قبل القبض ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة على
ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا
لاندفاعها ببيع الاصول ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك
ولم يتبين ان مراده الثمر على رؤس النخل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخل
واما بيع المجذوذ فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع ثمرا على رؤس النخل الا صاعا منها يجوز البيع
لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما
سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كمي نخله قال المص قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي
واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا يكون مانعة واجيب
بانا لا نم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من التر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ارديء التمر فيفضي الى النزاع
سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى
لجواز تراضيهما على شيء قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا
او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه للباقي اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد اما الاول
فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا
باع موازنة وليس الغرض ذلك فجاز ان يكون البيع الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون استثناء
الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء
شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المص اما على ظاهر الرواية
ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان
يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه
وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد
بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون
المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع مقصودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس
وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد
عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد
عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات
المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه
جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة
درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع
قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان
انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره

ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه يصح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان
ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناؤه جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي
مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يتغير منه جهالة الى المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا
تحتاج الى معرفة مقدار المبيع **قال** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلا
والارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع
الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة
بجنسه ولنا ما روى ابن عمر عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي
تقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه
لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به من الاكل الفولية تشهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها
قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما
وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه
لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن
بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلقا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه
حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه اشار ابو [illegible]
ومن باع دارا الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق به ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع
اغلاقها بناء على ما تقدم ان كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع
الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم
الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب
ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها
لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب
ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا ادخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه
لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل واجرة الكيال وناقد الثمن
اذا باع المكيل مكايلة والموزون موازنة والمعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع
لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية
ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري ووجه الاولى ان النقد
يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او
يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم
ومن باع سلعة بيع السلعة معجلا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن
اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي الثانية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا
عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما معا
لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقدم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما ولغوي غير لازم واللازم ما لا خيار فيه وبعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه
الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم
ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في المبيع لكونه في
معنى القمار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا للعمل بقدر الامكان لان
دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني
بالخيار وعلى اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها
ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابح وزفر والشافعي جائز عند
ابي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره ووجه قول ابح في الخلافية
ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لامومة اصابت راسه فقال له رسول الله عم اذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل
كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم في من له الخيار فلتعدوا في مدته فالجواب ان في النص
اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة لان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وتكثير المدة ليس كتقليلها
لان معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر ان النبي عم اجاز الخيار الى شهرين
ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به
وصار كالتاجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه
حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية
والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا
في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل على ان المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير
معنى الغرور زائد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما
تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء عن
قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون
من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور وهو كون الاستثناء منقطعا والاول اولى لقوله خلافا لزفر فان
زفر يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم
بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد ورطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة
ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابح انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد
في الابتداء على قول ابح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم
الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد
فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة ايام يتمشى على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد
في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد
فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا
زال التغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتاب يعلم بها الدلال وغيره

ثمن الثوب ولا يعلم المشتري بثمن ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع
فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفسخ باعتبار اليوم الرابع تعليل على
الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا
اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو
فلم يمكن رفعه في مسئلتنا في شرط فامكن قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما
فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايام فلا بيع وهما فاسدان او قال
على انه ان لم ينقد الثمن ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لما انه
بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط
ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان تفسده واستحسن العلماء جوازه ووجهه
ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة
في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا ورد بانا لا نم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد
وهيهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي
موجودة فيهما واما الزايد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة
ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف اجيب بان من له الخيار
لا يقدر على الفسخ في قول ابي ح وم الا بحضرة الاخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام
فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو ح وابو يو وجوزه محمد اما ابو ح فقدم على اصله في الملحق ونفى الزيادة على الثلث
وكذلك محمد م على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يو احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز
الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يو اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتقريره
على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد
بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر
ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يو في الاصل
اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسئلة قياس اخر
تقدم معناه قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين
وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق
واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البايع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع
والثمن من ملك البايع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البايع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في
ملك المشتري والبايع فيه خلاف قال ابو ح لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البايع في
الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته
الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فبقي على
ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فان قبضه المشتري
فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البايع باذنه فكان
امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه

المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان
موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد
وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في [illegible]
هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي
في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام البيع ولو هلك
المبيع في يد البايع انفسخ البيع لا شيء على المشتري كما لو كان المبيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر
الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان
الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له
الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له
ذلك عند ابي ح فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا
اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه
ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة
يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل
في ملك الاخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي
الكعبة عبد السدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة
وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وقد تقدم ورجح قول ابي ح بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى
فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه بما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد
على موضعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن
وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم انفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت
يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذ زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع
واما اذا مضت والعيب قايم لزم العقد لتعذر الرد وبين ما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة
على المشتري اذا كان الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التوضيح ببيان الفرق ووجهه
ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد على المشتري
بدخول العيب لان الخيار للبايع لانه فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة قال ومن اشترى امراته الخ
مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البايع ولا
يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح
لانه لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت
بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها
الوطي فاما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها
لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر كونها مترتبة على الاصل
المتقدم ومنها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما
ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت

لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشراء كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط
الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة
اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه
كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض
في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب
عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء
استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع البات
ينفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها
اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه
اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحة وولدت منه ولدا
قبل الشراء ثم اشتراها بالخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام
ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى
قال وانما احتجنا الى احد التاويلين لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها
ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية
في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع
في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع
القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع
كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه
كان الرد امتناعا منه عن التملك وللماذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير
عوض والماذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج من ملكه فما وجه ابراء البائع عن
الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو
العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل البيع
ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري
واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رده صارت
الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قال ومن شرط الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول
البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ
واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه
كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والحكمي هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف
الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها او قبلها او ان يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه
تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء يثبت
حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة
الآخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي

الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان
يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع
وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة
بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب
لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على
علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه
على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم
عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البيع لانه لا الزام فيها وعورض بان
ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار
الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ
الكفيل لمخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض
الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام
وهو مشروع لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحل عن الذات ولا ما قيل
الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون
الرجعة الزام امر جديد سلمنا لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا
ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه اولانه
لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو راى ضررا ما اقدم عليه اولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة
المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام
على سببه ولا ما قيل اجازة المالك في عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن
العقد لا الزام فيه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا حتى
دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي
به من جانب الآخر فلا يلزم الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور
وليس المراد بقوله كي الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد قال واذا مات من له الخيار
بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات
من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء
ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشية وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث
فيما يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا
معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا بقوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون
لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على انه عام والخيار ليس كذلك فان قيل المالكية صفة
تنتقل من المورث الى الوارث تبعا للاعيان فهلا يكون الخيار كذلك اجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني
قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان

الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لاخيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وقوله ونظيره
فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان
تمليكها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من استقلال من استقلال ما هو الغرض الاصلي استقلال ما ليس كذلك فان
قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث وراثة من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه يثبت
للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث
بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط
الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يبعد ما ذكرتم لان كلامنا من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه
ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا
كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل
بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار
العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق المشتري بالعقد فاذا طالب البائع
بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك
الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار
سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار
التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له
الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار
جاز حذفه للدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري والبائع وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار
للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى
الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط
تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار
للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كما لا احتاج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة
عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اي لغير من له الخيار اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه وجعل الاجنبي نائبا
عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان ونوقض من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضي
ادنى منزلة من المقتضي الا يرى ان من قال لعبده حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء
لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار
له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان
يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك واجيب عن الاول بان الاعيان للمقاصد والغير هو المقصود
باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت
الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فلانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين
لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي ليصح المقتضي
ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة
فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو
المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة

الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع
المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من
العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يتقدم على غيره وفيه ذلك ان
تصرف النايب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنسوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل
رجلا بطلاق امرأة له غير معينة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان
الترجيح يحتاج اليه عند التنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة
اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع و
المفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة فلا خفاء في قوة
ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا تقايلا من له الخيار وغيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند
المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان
ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا يلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ
للاجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف وقيل والثاني اصح ولعل قوله ولا يملك كل واحد منهما
التصرف رجحانا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث
التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الا من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لان
الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضة في ذلك
قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد
والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير
كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف
الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسألة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر
ذلك في مسألة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك
لمالكيته والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحناه لحال
التصرف وهو تصرف الفسخ لانه معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك
فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ
ههنا ولا يدل عليه نعم يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك
الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح
تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف واعتباره بما يدل على
انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف بنفسه والفسخ لما ذكرنا قال ومن
باع عبدين بالف هذه المسألة على اربعة اوجه لان ههنا تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا
او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف
درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما اولى
وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد
احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك ففسخه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار
في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم

وقبول العبد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب
المص بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان داخلاً في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا
جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع
بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلاً فلم يكن داخلاً في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا
يقتضيه العقد فكان مفسداً وانه لمظنة فضل تامل منك فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد
بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل
لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر وام الولد ولم يفصل
الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء انما اذا منع عن انعقاد العقد
في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر
انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا
لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا
ابتداء بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين
على ان لي اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحساناً وكذا الاثواب الثلثة واما اذا
الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين فساده في الاربعة لان المبيع احد الاثواب
غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتهما في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي
وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقاً به وبيان ذلك ان شرع خيار
الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق والارفق والحاجة الى هذا النوع من المبيع متحققة لانه ربما
يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامراته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا
بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نم ان الحاجة يفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار
لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة
فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كان الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما يتحقق في الثلثة لوجود الجيد
والوسط والردي فيه والزايد يقع مكرراً غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم
ان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت
عن ذكره على ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها
عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها
فيما اذا كان اتفاقا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة
فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق وحجة الآخرين ان خيار
التعيين فيما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار
الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان
الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند
ابي حنيفة وبمدة معلومة ايتهما مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزايد على
الثلثة عند ابي حنيفة لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله
ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون اثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف التعيين فانه

فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط وارداً فيه ولو هلك احدهما
او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول وتعيب لا يلزم عليه قيمة شيء وهذا لان
المبيع ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا تعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختياراً دلالة فان قيل
قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان
المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة
فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه فمات احدهما فان الباقية
تتعين للطلاق دون الهالك وكذلك العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية
وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعاً ولو هلكا معاً
لزم نصف ثمن كل واحد منهما لعدم الاولوية احدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والامانة فيهما واما ذكر خيار الشرط فيثبت له
خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقف على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه امين في احدهما فرده
بحكم الامانة في الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده اذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار
التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه بثمنه لانه عين البيع ولزمه وكان في الآخر اميناً فان ضاع عنده بعد ذلك
لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان
خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك غيره فان قيل هل للعموم قوله من له الخيار
فايدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبايع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحساناً قالوا اذا
اشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البايع قياساً على خيار الشرط وذكر في
المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق
بحضرة من يقع الشراء له معه وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البايع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان
قبل البيع في يده فرد جانب البايع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في بيوع الجامع الصغير ويتبين
مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والآخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف
نسخ الجامع الصغير كما ذكره المص ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز
واثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعاً قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من
قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما قال
ومن اشترى داراً على انه بالخيار رجل اشترى داراً بخيار الشرط فبيع دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة
فذلك الاخذ رضا يسقط بها الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة
لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار
فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو توجب الشفعة
وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة
واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار
الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما
لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالمأذون
المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا الرقبة دارهما بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع فان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى

فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسياتي **قال**
واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده
عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما بعيبه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم راياه لهما ان اثبات
الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه
وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس
لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة
عيب فان البائع قبل المبيع كان متمكنا في الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا تمكن الا مهاياة والخيار يثبت
نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر الراد ايضا لكن لم
يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وافجع من الحاصل من
نفسه فان قيل بيعه منهما رضى منه بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه
فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد
بعضه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة
الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار
لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو ظ ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور
اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما **قال** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل
اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار
بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته
من الثمن في ظاهر الرواية بان يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية
في ذلك كما في وصف السلامة المستحق له بمطلق العقد وتقوم غير كاتب وخباز فينظر الى التفاوت ما بينهما فيرجع عليه
بذلك ما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور
فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة المثمن او
الثمن كان ملايما للعقد الا يرى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا او نوقض
بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب
بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكر الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول لا يقف وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته
سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح على تقدير
كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي
بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب
فيه بما راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة
على انها نعجة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش
في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى
النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم
الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي
في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كفي هذا ووصفها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية
المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس
في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي فالمكان معلوم باسمه والعين معلوم قال صاحب الاسرار لان كلامنا في
عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه
كالبيع بالرقم ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان
قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا
على ان المشتري اذا كان راه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في
ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه
ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا
مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة
لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة مقتضى خياره وانما
افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى
ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع
وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة
ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى
فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة
وما نحن فيه ليس كذلك قوله وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري يعني كان له الخيار اذا لم يقل رضيت
فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم راه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله
لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت
بالنص فادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره ولو لم يكن له الخيار قبل
الرؤية لانه من نتايج ثبوت الخيار له كالقبول لكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما فجاز فسخه الا يرى ان كل واحد من العاقدين في عقد
الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف
الرضى فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم
لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا الملزوم لان ما هو
شرط للازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضى بالشيء جواب لو وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا
بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور واما
الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح
ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون ما بدا له في انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه
فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال
بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المص **قال** ومن باع ما لم يره

من ورث شيا فباعه قبل الروية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابوح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص
بجانب المشتري بل اذا وجد البايع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شا جوزه وان شا رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا
لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم
وهذا اي الخيار للبايع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا من جهة الشرا وتمام
الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالروية فان بالروية يحصل الاطلاع على دقايق لا تحصل بالعيان فلم يكن
البايع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشرا فلا يثبت
دونه كما تقدم فان قيل البايع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان
فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب والبايع
لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبايع خيار
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به فان قيل المعلق بالشرط يوجد بل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري
والخيارين فليكن من البايع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن
القياس على مخالفة الاجماع بط وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكر
في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابوح حين بلغه الحديث ثم خيار الروية غير موقت قيل خيار الروية
موقت بوقت امكان الفسخ بعد الروية حتى لو وقع نظره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على
حال المعيب فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى
الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الروية ولم يذكر ما يبطل خيار
الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال
لا يكون ذلك دليل الخيار والا لبطل فايدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه
البيع بفعل ما يمتحن اول مرة فات فايدة الخيار ويعلم في هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك
بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار
فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة
كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان بالاولى ولو وطيها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن
لان صلاحها للوطي قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطي في غير الملك فكان اختيارا له وقيل يشكل على هذا الكلي
مسلتان احديهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الروية ويبطل
خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الروية
والمسلتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الروية لا يبطل بصريح الرضا قبل
الروية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل
الرضا فكذلك لا يعملان في ابطال خيار الروية ونظيره لانه ليس برافع والحق ان الاشكال ليس بوارد
لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الروية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا
او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على المبيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف
الذي يبطل خيار الروية على ضربين تصرف يبطله قبل الروية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الروية ويبطله بعدها
فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط
والمبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك التصرف في العين قايم

قايم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ فبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير
مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم راه لا يكون
له الرد وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الروية مخالف لحكم النص الذي رويناه
والثاني ان هذه التصرفات اما ان يكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منها لا يبطل الخيار قبل الروية فكيف
ابطلته واجيب عن الاول بان ذاك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة
الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على
صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء
اللازم مح واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار
قبل الروية لانه لا يربو على صريح الرضى اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الروية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن
من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع فايده من نظر الى وجه الصبرة اعلم
ان المبيع اما ان يكون شيا واحدا او اشيا متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا فذلك اقسام ثلثة
فان كان الاول فليس روية الجميع شرطا لبطلان خيار الروية لان روية الجميع قد يكون متعذرة كما اذا كان عبدا او
جارية فان في روية جميع بدنهما روية عورتهما وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ
العقد بخيار الروية تعدد روية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل
فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البايع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر
والطي فيكتفي برويته ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب
والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من روية كل واحد لان روية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في احاده وان
كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المص يكتفي بروية واحد منها
لان روية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى
منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب
مطويا مما يعرف الباقي الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الادمي بطل الخيار لانه
المقصود في العبد والامة وساير الاعضا تبع له الا يرى انه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في
ساير الاعضا واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف
وشرط بعضهم روية القوايم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعايين
فراها في احدهما فان كان ما في الاخر مثل ما راى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل
لئلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية او الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان
المقصود انما يعرف به وفي الثاني من روية الضرع وفي المطعوم لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود
ومن راى صحن الدار فلا خيار له روية صحن الدار او خارجها وروية اشجار البستان من خارج تسقط خيار
الروية لان كل جزء من اجزائهما متعذر الروية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات فيسقط
شرط روية الكل فاقيم روية ما هو المقصود من الدار مقام روية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان
صيفيان يشترط روية الكل كما يشترط روية صحن الدار ولا يشترط روية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون
العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب
الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك

يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به ديار مصر فلا بد من الدخول في داخل
الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر رح
قال ونظر الوكيل كنظر المشتري صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك
بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول
فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل
او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض
وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي ح وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء
في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه
كذلك فسر المص بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار ولما لم يتوكل به لا يملك التصرف
فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل فيه فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبضه
لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط
خيار الموكل ودليل ابي ح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان
يقبضه وهو مستور وهذا اشارة الى توجه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة
مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهي في اللزوم بحيث لا يرتد الا برضا او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك
واذا ظهر هذا قلنا الموكل يملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملك توكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه
فان قيل لا نم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك
سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب المص بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى
التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب توضيح الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي
والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم
ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض
لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء
توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار
العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا رضا او قضاء وما لا يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض
ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم
يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت
وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا ينفع معترضا
عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على
هذا الخلاف ذكره القدوري بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة مع بقاء خيار
الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله
وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول
ليس كالوكيل فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم
قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي
ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات

والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب
العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا
كان شجرا او ثمرا او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض
الائمة يلمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي
عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين وباجراء الموسى في حق الامي والاصلع واطلاق الرواية يدل على انه كان يقول بذلك من
غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده
وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن له ان يرده وقال الفقيه توقف في مكان لو كان بصيرا لرآه
ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه ناخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي ح
لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط
الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى
في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما
قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي لا بد من رؤية كل واحد منهما
وعلى هذا اي اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء
كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و
بعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات
المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عم عن تفريق الصفقة فقيل تفريق الصفقة
منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله عم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي
لم يره وحده فما وجه ترجيح النهي على المجوز واجيب بان حديث النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجوز ليس كذلك
فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم راجح على المبيح او لانه مانع
عن مبيح لئلا يلزم تكرار الفسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما
والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى فان قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيد تم بما قبل التمام بان
على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان
العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة
قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد
من رد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي
فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع
عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض
لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد
الآخر لدفع ضرر يلزم البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال
لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا نحتاج الى
اعادته قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة اذا رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه
عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف ثبت الخيار فبين العلم

بالاوصاف وثبوت الخيار مناف له وثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار
الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان راه من قبل وهو لا يعلم انه المشتري ذلك المرئي فان له
الخيار لعدم الرضا وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف
وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان
كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك
الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون
بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد
وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل
لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتاخرون
استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه ح يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان
ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه اشار شمس الائمة السرخسي ارايت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد
ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك قوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله
فالقول يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات
وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه
عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا
لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه
وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله
منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط وقبضه
وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين
يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض
لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالرضا او رجع
في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو
تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار
الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

اي خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام فهو اضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع
المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة
المعقود عليه عن العيب لما روي ان رسول الله صلعم اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى
محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن
عن ابي حنيفة المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة
وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق
وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب
فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل
لو تم كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له واذا

فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء
العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفائت وصف اذ العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع
او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة
واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى والدفر والبخر
في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابله بالوصف والاصل
او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث وقوله
في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله دليل آخر
على عدم جواز امساكه باخذ النقصان او قيمته اوارثه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه
باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضى البائع بزوال المبيع مناف
لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا
لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو
سليم فالبائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فلا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار
لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومارسه طول زمانه فازال عالما بجهة
ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير
علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند
البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احد الحالين رضى بالعيب لا له قال وكل ما اوجب
نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة
للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية
بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش
والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك
عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها
فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب فان فات
احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه او
غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام ويقطع يده في سرقة مال غيره
فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت
هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك
اما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر
والكبر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة
في عدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره
يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما قال
شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء ان اثاره لا يرتفع وذلك تبين في حماليق عينيه لان الله تعالى
قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور
في الاصل والجامع الكبير قال والدفر والبخر عيب في الجارية الدفر رائحة مؤذية ح والدفر بالذال المعجمة حدة

الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفرآ وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية وهكذا
في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس
بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه يكون من داء والداء
نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد
يعير بزنا امه وليسا مخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير
عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع
المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع
صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فتختل الرغبة فان اشتراه على انه مسلم
فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء
لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للاشتراط
بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان
يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجلب قلنا ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات
فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري
بعد ثلثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف واربعة اشهر فيما روي عن محمد او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة
وزفر انها لم تحض بحبل بها او لداء كان ذلك عيبا يرد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امراة واحدة
في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا
بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه
مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد
عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة حاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في اوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو
سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع
والاستمرار بقول الامة فان انكر البائع ذلك لا ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة
وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن واذا حدث عند المشتري
عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما
عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او خمس او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد
اضرارا بالبائع لخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به اضرار والاضرار ممتنع ولا بد من دفع
الضرر عنه اي عن البائع ويجوز ان يعود المشتري لانه ايضا يتضرر بالمعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة
والرجوع طريق صالح للدفع فيتعين دفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضى
اسقاط لحقه كما كان للمشتري ان يرضى ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل اين حكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
اجيب بانها اذا صارت معقودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما ترى
ومن اشترى ثوبا فقطعه ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب الذي هو عيب حادث لا يقال
البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع

البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع
الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث بعذر البائع لا بفعل باشره وفي عدم الرد وان كان
اضرار للمشتري لكن بعجزه لما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك
لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا
فنحره فلما شق بطنه امعاءه فاسدة فانه لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان النحر افساد للمالية
لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه
المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد
ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ
الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان
العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل
الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل
العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب
مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب
لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف
الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة
فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه
بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع عنه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق
ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان
الكسب ليس بمتولد بحال مالا لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن
الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري
الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة والسويق الملتوت بالسمن بعد ما راى العيب رجع بالنقصان
لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا
والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه
عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع
قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان
التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت
يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك
لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما
اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس يحتاج اليه الا انه ذكرها لمقابلة
الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري بالعيب
وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع
الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت ومن اشترى عبدا فاعتقه اشترى
عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما

انتهى فقد لزم لامتناع الرد دفعه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعًا للضرر فان قيل قوله
والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب
احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في
المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه يجب ان يقول والامتناع حكمي
لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة
لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر
الرد كان حابسًا حكمًا لامكانه في يده بحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء
الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلًا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتًا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت
ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسًا الا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من آثار
الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي
مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانهاء محتاج اليه لتقرر الملك
الملك بجعل ما لم يكن كائنًا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الانتهاء انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من
العوارض ولهذا ينسب الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به الا كالقصاص
والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونًا لقوله عم ليس في الاسلام
دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية على المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضًا
بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقًا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرًا فقد تخلف عن
الضمان فلم يصر به مستفيدًا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعامًا فاكل كله او ثوبًا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة
استحسانًا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله ان الرد تعذر بفعل
مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد
البراءة فذلك بمنزلة العوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودًا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو
يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع
البعض وعن ابي يوسف ومحمد روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه
بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر
على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو
قول ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارًا للبعض بالكل ومن اشترى بيضًا او بطيخًا اذا اشترى بيضًا
او بطيخًا او قثاء او جوزًا او شيئًا من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدًا بان كان منتنًا او مرًا او خاويًا
بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئًا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر
انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك وتعطل من العقود باضدادها فانه اذا كسر عالمًا
بعيبه صار راضيًا واذا صلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان

وان تناول منه شيئًا بعد ما ذاقه صار راضيًا واذا لم يكن مالًا لا يكون محلًا للبيع فيكون باطلًا فان قيل التعليل صحيح
في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد
صحيحًا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجيب بان المصنف
بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث
لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلًا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا ان كان المبيع بيض النعامة فوجدها
بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية
بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع
بنقصان العيب دفعًا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رده لان الكسر وان كان عيبًا حادثًا لكنه
بتسليطه قلت التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري
وذلك هدر لعدم الولاية عليه فصار كما اذا باع ثوبًا فقطعه ثم وجده معيبًا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل
التسليط منه لكونه هدرًا ولو وجد البعض فاسدًا فالفاسد اما ان يكون قليلًا كالاثنين في المائة او كثيرًا كما فوقه
ففي الاول جاز البيع استحسانًا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا
بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد
للعقد كالجمع بين الحر والعبد ومن باع عبدًا فباعه المشتري من باع عبدًا فباعه المشتري ثم رد
عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان الاول اما ان يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة
ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل
لانه لو لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجًا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرده على بائعه لانه اقالة
واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع
الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي
على البائع الاول ان به عيبًا لكون كلامه متناقضًا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبًا
شرعًا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئًا واقر ان البائع باع ملك غيره ثم جاء انسان واستحقه
بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع
بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردًا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردًا على البائع ووجهه ان البيع
في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الآخر وان كان الثاني
فليس له ان يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد
القبض واما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل
في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليبين ان الجواب في عيب لا يحدث
مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب
اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض
روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة لاعتماد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد
في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه ومن اشترى
عبدًا فقبضه فادعى عيبًا ومن اشترى عبدًا فقبضه فادعى عيبًا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري
البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء دفع الثمن او المبيع واستشكل

بهذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين
يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بوجهين بانه من باب
علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر
على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من
الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب
قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم
كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل
لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب
الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس لتعيين حق البائع بازاء تعيين المبيع بحيث انكر تعيين حقه في المبيع لان حقه
في السليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد من حجة وهي اما
بينة او يمين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة
بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة
منكرا وقوله لانه لو قضى بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض محقق وما ادعاه
المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما
لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء
فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي
غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع
الثمن ضرر له اجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو سبيل من اقامة البينة عند
حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بنا المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم
بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان لحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والآخر
دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بالدفع الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان
وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري
يمين البائع فنكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود و
القصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى
المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام
بينة انه ابق عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال
نعم رده عليه ان لم يدع الرضا والابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك
بينة فان اقامها عليه رده وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يأبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري
البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري لان السلامة
اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي
والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني ان سلامة الذمة عن الدين اصل
والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر
دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجب

واجب بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من ذلك الا بهذه
فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي
الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل
المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف
بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البائع على
البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير
وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا
العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك
لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا لجواز ان يحدث العيب بعد البيع
قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي وجوده في احدهما يكون بارا لان الكل ينتفي
بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه ليس
بصحيح ولكنه موهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري ينعدم
اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البائع ينفي العيب عند البيع
والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا ولقائل ان يقول في عبارة
المصنف تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيأوله وقالوا انما
قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه الا
اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير
انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه
العلم بذلك فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عند المشتري هل
له ذلك اولا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار
المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف
بالاستقراء ولابي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى الا
من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نم ان كل ما يترتب
عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا يستلزم الدعوى فضلا عن صحتها
بل يقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا
سابقة الخصم وان يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة
ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما واذا نكل عن اليمين يحلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم قال المصنف ان كانت
الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف
مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد ابق عند البائع في حالة الصغر ومثل
هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به
ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري
بها عيبا فاراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه ولوني معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول

قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف مما قبض كما في الغصب فانه اذا
اختلف الغاصب والمغصوب منه غصب مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البايع قبضتهما
وقال المشتري ما قبضت الا احديهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول
القابض بل ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق
لقبضهما قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة • رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل
وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة
تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة وما يتم بقبضه الصفقة بقبض
بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعني قبيل باب
خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض
لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت
ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال
بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا انه
اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف
بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه
لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بتمام المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن
فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده
خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم
الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد
تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضاير بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار
الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا
من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد
وتضرر البايع انما يلزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك للزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما
ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد
احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع
ثورين قد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ولهذا اي ولان الصفقة
تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق
بعد التمام قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في ساير الاعيان
وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين
على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج
من ضمان البايع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم
واحد كالكر والقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة
التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد والشيء الواحد اذا وجد بعضه

معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البايع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد
المعيب خاصة رد بعيب زايد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما
في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي يوسف ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد
في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في يد المستحق وغيره لانهما في المالية
سواء والانتفاع في الباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا ويريد
ان يرده لان تميز المعيب من غير المعيب حينئذ زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه
زايد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي
يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم
ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي
تمام رضى العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله
ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء
احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي
التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري وهو
يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البايع
حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبيه
بكلام المصنف يجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب
فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويجد حكمهما بعد
القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر وقال في
المكيل والموزون رده كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال
ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا بالمعيب
لان ذلك دليل قصده للاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان قبضه وهو قيام العيب شرط
التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك
العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار
والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب
للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا وفي الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب واما للسقي
والعلف فمحمول على اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في
عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لان حملهما ممكن بدون
الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به • رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد
ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقالا يقوم
سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البايع من القتل
العمد والردة ولهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات
تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لان مباح اليد او

الورم لا يشتري كان تالما لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه
وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب
فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم
بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله
ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود
مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة
العقد محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا اغتصب
عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في
يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على
البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب
الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق
النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه سببه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة
في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها هي المستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم
الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق
في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من
عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص **قال** ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري
اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه
انفا وعند ابي حنيفة لا يرده الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله
البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما
يقابل نصف اليد فان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احدهما
الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الاخر يرجع به على البائع لرده العبد عليه فان قيل
اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم
لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه
فان قيل اما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون
فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب
وما نزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهها بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير
متناول لتنقض القبض من الاصل لما مر انفا **قال** ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد
البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير رجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة في جمع حائك بعضهم على
بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه
بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان
العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي في قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا
يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع
الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه

وجه كالعيب حتى لا يمنع الرجوع صحة المبيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب
قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه
قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة
الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع
الرجوع فان قيل لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا
عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه يجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقة ابطل البيع ويرجع بجميع الثمن
في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونها اصح
او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل وقوله في
النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب اي انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب
من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه **قال** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل
عيب البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها او لا علمها البائع او لم يعلم وقف المشتري او لم
اشار اليه او لا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد
لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا يصح البيع
وعند الشرط وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يقل عن عيب كذا وعن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول
لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي
فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في مالها منها عيب الا كان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت
لو ان بعض حرم امير المومنين باع عبدا برأس ذكره برص الا كان يلزمه ان يري المشتري ذلك وما زال حتى افحمه وضحك
الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد وفي قول اخر له البيع صحيح والشرط
باطل بناه على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن
دينه فرد البراءة لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين
بهذه اللفظة ويصح الابراء باسقطت عنك ديني فلانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى
المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا
له ولهذا اجاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب
عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما فيه معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك
لا يبطل بجهالة لا تفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط
متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى ووجه قول محمد ان البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول
لا يعلم احدث ام لا واي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله ولابي يوسف ان الغرض من الابراء الزام العقد
باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل
لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه
كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق
بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيهما ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز
ان يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان شمله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم قوله
ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت هذا العين على اني بريء من كل عيب فانه لا ابراء عن الحادث بالاجماع لانه

لما قال به اقتصر على الوجود **باب البيع الفاسد** تأخير غير الصحيح عن الصحيح
لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه
والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل
وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو
مفسد وعلى هذا تنفصل المسائل المذكورة في الكتاب فبطل البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر
لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا
لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المص في التجنيس
وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله
فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة
المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف
لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومه في حق المسلمين لئلا يتمولوه كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون
ولو اراد بتقومه عند بعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة
الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد
الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن
عن ابي ح نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الكبير لان العقد بط والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك
فيكون امانة وعند بعض لغو شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه كان مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء
هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم فذهبت فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه
ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي ح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق
الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما
اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض
فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار
المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس ذلك فالجواب انما لم يحل وطؤها
واكله ولم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالاكل والوطء اعراضا عن الرد في القضاء بالشفعة تقرير
الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد
فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو
ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا
بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذه بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء
فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري
ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام
انه يملك العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض
به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول

اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء
لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان
كان الاول فالبيع بط لا يفيد ملك الخمر ولا مقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد مقابلها من
البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز
بمقابلة قيمته لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه
بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المامور
فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به وح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان
مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها
لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون
الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقايضة
وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا
للتصرف عن البطلان بقدر الامكان وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد اي بط وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره
بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع
منافاة لان الاستحقاق عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو
الاستحقاق ثابت بقوله عم اعتقها ولدها فينتفي الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم
تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق
المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية
والبيع واحد المتنافيين وهو ثابت في الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او
ثابتا بعد الموت والاول بط لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذلك الثاني لان ما بعد
الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت
الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة
لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق
المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وح بطل بيع القن المضموم
اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر بط ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا
بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء بط بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا جاز
بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في
البيع ابتداء لكونهم محلا في الجملة ثم خرجوا لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء
جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه بط على ما يجيء ولو رضي
المكاتب بالبيع وفيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر
الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه

لايجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه
وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على
ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق
ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لاتضمن بالبيع والغصب لانه لاتقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان
الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه
بالقبض لكن لابد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع اهدرت هذه الجهة
فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر
وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة
على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب
بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض
لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله
وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لاتنحصر في نفس الدخول لجواز ان
يكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليه وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد
المشتري من المشتري فانه ينقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد
البائع فكذا هذا ‹مسئلة› ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا
يجوز واذا اصطاد ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان
كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري
فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره قوله الا اذا اجتمعت
استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد
عليها المداخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس
بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها لانه يوجد الاحتباس في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض
انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان
يحرزه او يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها
والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار ‹مسئلة› ولا بيع الطير في الهواء وبيع الطير على ثلثة اوجه
الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا
لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى
قاضي خان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا يجوز
بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر
نتجت الناقة بالضم ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما
ادخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية
يتبايعون ذلك فابطله رسول الله عم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع
الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء ‹مسئلة› ولا اللبن في الضرع للغرر

للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع
في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة
فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بالملبس بمبيع من ملك البائع
على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان
ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال معقود من وجه فيجوز بيعه ولانه
ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها
تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط ولو ربطت خيطا في اعلاها وتركت ايام بقي الخيط اسفل بما في راسها الآن والاعلى
ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فان نموه من اسفله فاذا اخضب الصوف على ظهر الشاة
ثم ترك حتى نمى فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل
وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف
فمتعين اذ لم يتعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عم نهى عن
بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف
على الظهر ‹مسئلة› وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره
التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز وذكر القطع اولا لانه يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون
لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس
فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع وقلع الجذع
قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البذر في البطيخ لم يصح وان شقهما
واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب هو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثالها
بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى
ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا
لتصحيح لفظه واما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر والنوى والحب لا ينطلق عليه اولا يقال
هذا بذر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من
يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع عين موجود اشارة الى تمام
الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبذر والنوى ليس
كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا
وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا
فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا فكان الجذع عن التسليم هناك معينا اصليا لانه اعتبر عاجزا حكما
لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض
فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد ما غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز
وتخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم ‹مسئلة› وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد
وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب
الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا
والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة

شيأ قال وبيع المزابنة الرفع فيه وبجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة بمجذوذ مثل
كيل ما على النخيل من التمر خرصا او ظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الراس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذي
يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي عم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا
ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض
وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد
على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا
وفسرها بان يباع التمر الذي على راس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه جمع
الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان يقول سلمنا ان رسول الله عم رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة
على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة
من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه
خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا
لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون
عوضا بل هبة مبتداة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان
فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصودة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين
الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه
يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل
الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع كوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان
القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله عم المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل
والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر ساوم البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها
المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة وهو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك
ابتياعا لها رضي مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام
المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك لا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على
السلعة فاذا وضع الطالب بشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت
بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله عم وعبارة الكتاب يشير الى ان النهي عن بيع الملامسة والمنابذة وبيع
القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعلقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول
البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته
ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد
تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من
الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ واما تفسير المراعي بذلك لان لفظ المرعى
يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها
لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز
فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عم الناس شركاء في الثلث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز
بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار

الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه
فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه فتدفعه الي او تدعني آخذ كثوب لرجل
وقع في دار انسان هذا اذا نبت ظ واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية وذكر في المحيط
والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة
في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم
جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح و
انعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان
المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ
في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئورة ولم يذكرا اذا اجارة الكلأ وقعت
فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال ولا يجوز
بيع النحل قال ابو ح وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه
حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول
لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير
ارايت ان وجد بها عيبا فكم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما
يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم
في الحال فقيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل عيانا
وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج
منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا
له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل
ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه
كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق
العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز وبيضه
وهو البذر الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي ح لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم
في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز
اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي ح كما في دوده
وهذه العبارة يشير الى ان ابا ح انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها
جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكر ههنا اتباعا لما ذكر
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة كذلك قال ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما
ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله عم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم
والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده
لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا
بمجرد العقد اولا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشرى بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك اولا
فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى يهلك من المولى وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض
المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على
ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان المشتري يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب فهو قبض ضمان وهو قول
الشيخ وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى
انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه
آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البايع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق
هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى
عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع
الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب
بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلايم التوى بالاتفاق بخلاف المبيع فانه اثباته والتوى ينافيه وروي
عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبايع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد
قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا اجاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم
قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي
وجماعة من مشايخنا واما اذا رفع المشتري الى القاضي وطلب التسليم وعجز البايع عنه وفسخ العقد بينهما ثم
ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد ولا بيع لبن امراة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم
ان بيعه في الضرع لا يجوز كساير البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوزه الشافعي بيعه لانه
مشروب طاهر وبيع مثله جايز كساير الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة
ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه
وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب
بانا لا نم ان كل الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل وبرئ
سقط الضمان وكذا السن اذا انبت قوله وهو اي الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه
البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه
اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن
فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه
انهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء
الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد بكونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع
فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن
الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه
ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين
لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه
اجيب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه
لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم

الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير
حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف
اختار قول ابي يوسف حيث لم يذكره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان
ولا يجوز بيع شعر الانسان شعر الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي
ان النبي عم حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به
وجه الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد
ذلك قوله عم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل
جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمي اهانة والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا
لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له
فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه
الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ان عدم جواز بيع ما ليس للنجاسة على الصحيح لان
شعر غير الانسان لا ينجس بازالته فشعره وهو طاهر اولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال في شعر
بالتكثير وفي رواية يهتن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي عم لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها لمجاورة تلك
الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فلم يزايل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف
نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين الجواز فالجواب انه نهي عن الافعال
الحسية وهو يقتضيه طالع التقرير تطلع عليه ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في
ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها
والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلوة والفيل والخنزير نجس العين
عند محمد اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها قال لا تعمل عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه
ينتفع بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وساير السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن
عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر اذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان
احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن
لها شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات وحده في رواية
وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا
من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشراء ارض بشربها بالف وآخر بشرائها بالف ولم يذكر
الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية
للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها فانه يجوز باعتبار التبعية وبيع الطريق وهبته جايز وبيع
رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والعقد
الاول لا خلاف في بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لا خلاف في بيعه من
حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جايز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع حق المرور
وهو حق التطرق دون رقبة الارض جايز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة حق المرور قسطا من الثمن حيث

قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعها من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير
الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يصرف صاحب الارض ثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر ثلث الثمن
لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي
صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز
وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل
لا يجوز وهذا هو محملها الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه
بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير بكامه وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او الارض والاول حق التعلي
وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحمل
الاول وهذه رواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما
ما ذكره بقوله ان حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور
فيتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي
هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا يتعلق بعين يبقى هو مال ولا يجوز بيعه
ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما
وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية يكونان جنسين لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة
والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والاستفراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش
والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف
الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت
والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخاري
جنسين مختلفين على ما قال المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسمية
فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال
بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان
يعني موصوفة بصفة الاشارة كتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان
مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لان التسمية
لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل
محمد واذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع كله وتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل الكر
حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المص الى ثبوت خيار
المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه النقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب
المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط
الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان
المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فالزام المكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد
الثوب المسمى عشرة تسعة تخير وان وجد عشرة فهو له بلا خيار ومن اشترى جارية بالف درهم ومن
اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني باطل فاسد اطلاقا على
هو يفيد الملك قد تقدم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة

بالزيادة على الثمن الاول بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون
من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او
بانقص او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول
هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق
ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة ان امرأة سألتها فقالت
اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة قبل محل الاجل فقالت عائشة
بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم متعذرا فقالت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره
الى الله ووجه الاستدلال انها جعلت مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول واجزية الافعال
لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر
اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه
بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع
الى العطاء وهو مذهب علي فلا يكون كذلك ولانها كرهت العقدين حيث قالت بئسما شريت مع عرائه عن هذا
المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف
في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها اية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم
الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس
التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا
وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه
من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لان العائد اليه المستفاد من جهته لان
اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان بخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى
باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض انما يظهر عند المجانسة وبخلاف
ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل بمقابلة الجزء الفائت الذي
احتبس عند المشتري وبخلاف ما اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق
بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا
ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن [illegible]
لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى
باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكره العلماء في الانوار شمس
الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسألة الموضوعة في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد
منها اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا
بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه
نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز تشبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحا على انه معارض بان يجعل الجارية
التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة او اقل او اكثر فيتعذر جهات الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة
تصلح ان يكون علة الجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى

ان تقابل جهات الجواز نقيضه وجهة الفساد نقيضه والترجيح ههنا للفساد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان
الفساد ضعيف فيها لامور لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف
زفر فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا ح
ابطل اسلام القوهية في القوهيته والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي
جاز عند الشافعي ومع ذلك يتعدى فساده الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما ثانيا فلان الفساد في المشتراة
باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه ان في المشتراة شبهة
الربوا لان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد
الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الا
من عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما ثالثا فلان الفساد
طارئ لوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باع اقل من الثمن
الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع ففسد فيما باع ولا شك في
كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان
قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز في العبد لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز
القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك بمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني ان المقاصة فانه
لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة
تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني بعد عقدهما وذلك لا شك في طروه فلا يسري الى غيرها قال ومن
اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه
العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف
لمقتضاه وان اشترى على ان يزن ويطرح بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق
ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول
قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن فان كان الاول فالمشتري قابض
فالقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول
للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى
الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والتحقيق ان الاختلاف
الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق
فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه قال واذا امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها
ففعل جاز عند ابي ح خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا
التصرف فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه
ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو ح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى
اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا
يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر
وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فاني يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق
العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت الا يرى الى ان المأذون له النصراني

النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام
لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة
وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول
وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالكافر اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي له وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا
اوصى الى المسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج
المجوسي مدفوع بان حقوق العقد في النكاح لا ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه
المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لفروع اصحابنا وتقريره
ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم
الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد العاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق
والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيده وكادة لا يقال نهى النبي عم عن بيع وشرط وهو
باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما
كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع
بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة
والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف
قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد
فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض
وهو ربوا لا يقال لا تتحقق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز
اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من
قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد
المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط
منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد لوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل
كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا
وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في نفي المنازعة لتضرر المشتري به من حيث
انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر
المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او
يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه
لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى
بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود
ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي
الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق
وفسره المص بان باع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المص صح قوله
يقيسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قوله

يعتبر يلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير
ثبت بحديث بريرة اذا جاءت على عائشة تستعينها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك
ورضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله عم وغيرها في معناها في
هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المص عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول
والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي عم عن بيع وشرط رواه ابو ح عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن النبي عم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد
والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة اشترت
بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح
وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب
العتق خصوصا في قوله عم فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء
المتضمنة بمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي ح وقالا يبقى فاسدا
كما كانت فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر كالقتل والموت
والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا
لحقيقة الحرية لحق الحرية ولابي ح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغاير
للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقدر له الا يرى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد
فقد تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتامل حق التامل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي ان
هذا الشرط في نفسه فاما ان يكون فاسدا او لا فان كان الاول فتحققه تقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان
كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث
الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد
جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق
الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي
بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب يعجز في الاجارة ولانها انما تتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري
الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا فالبيع بهذه الشروط
فاسد لانها شروط لا يقتضيها وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور
وانما قال على ان يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف
درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لا ضمانا عن المشتري لانها ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة
في الثمن لانه لم يتكفل على ان ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي عم نهى عن بيع وسلف وايضا
اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس
الشهر فالاجل في المبيع العين بطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان
المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد
للحاجة الى التحصيل ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام
الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول

فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية الا
حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط
الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه ان ما
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل
بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويعتق باعتاقه وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب
لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا قوله غير ان المفسد في الكتابة
استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان
متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على
المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل
معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه
بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات
وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها
فانه عم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا اشترط عوده فيصح العقد
ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجاريته واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث
اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان
الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري
فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعترض على قوله ان الاصل فيه ان ما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده
بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير
لازم ولئن سلم فلا نم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك
ورثة الموصى له بدون القبول اما اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتم ولها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول
اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا
بصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب
انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان يصح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث
الموصي فما يصلح ان يكون موروثا كالحمل صح استثناؤه وما لم يصلح كالخدمة لم يصح ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه
البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده فان ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء واليه اشار بقوله على
ما مر وقيل قال ههنا صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية
ومن اشترى نعلا حذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ القدم هو الذي يقطع بالمثال
وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم ثم من اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان
يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز
استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ

لكن تجوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهرگان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتنا المبايعة على المماكسة اي المجادلة لتقي النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة ولا يجوز البيع على قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطئ الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج الى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة اي هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة فيها فعائشة كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا اقد يشير الى ان الجهالة اليسيرة فان كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن متحملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن متحملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه اجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا الاستدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما يتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتدا العقد فلا ينقلب بسقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان تهب الريح ثم اسقطا الاجل لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم ينقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **ومن جمع بين حر** وعبد او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن

الثمن عندهم خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر او في الجمعين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فينبغي ان يجوز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطاء بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع اشتمال المحلية في حق الجميع ولابي حنيفة ومحمد اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس قبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر اجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذ لو لم يكرر لفظ البيع او الشرى وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الى خمسمائة لعوض فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب الزفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد وارد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجارة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيهما ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بناء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالبيع بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيما اذا جمع بين القن والمدبر

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار ما مر الى

صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البايع باذنه وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض لترتيب الاحكام عليه وذكر البيع
الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البايع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا
او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البايع فان لم يكن بحضرة البايع لم يملكه بخلاف
الصريح فانه يفيده مطلقا وقيد ان يكون في العقد عوضان مالان لفايدة سنذكرها وقوله ملك المبيع
هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع بالبيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين
وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة
الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية
اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا
لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدرهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا
ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالرضى صدر من
اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده
لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون
ليكون العبد مبتلا بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة
الملك لكن لا بد فيه من فتح مقتضى النهي فجعلناه في وصف مجاور كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا
هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل
ما اتصل وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه
الفساد واجيب بان غرض المص من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم
والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه والكراهة والفساد
يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرر الفساد
جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن
ووجب على البايع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد
لا يجوز تقريره واذا كان واجب بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن
مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد
وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض
يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقرر الفساد واجيب عن الاول انه ممنوع والا لزم
ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه
معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط
لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر الغير اعني
القبض وعن الثاني ان تقرر الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان
لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والتضمينات لا معتبر بها
قوله ولان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد
قد ضعف بمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار

كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض وقوله والميتة
ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال فلا يجوز فيه البيع لفوات
ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوايل البيع واراد به ما قال واما بيع الخمر والخنزير
ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع المتنازع فيه
وشيء آخر اي دليل اخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر
وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين تقابله الدراهم او الدنانير في البيع
هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا
ببطلانه وقوله ثم شرطه ان يكون القبض باذن البايع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل
الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال
وما قبضه بغير اذن البايع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه
على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس
العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك ان العقد اذا وقع
فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت
المقتضي وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان
التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه
ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكانت القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرطه ان يكون في
العقد عوضان كل واحد منهما مال لتتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم و
والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر
جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه
اذا كان المبيع من ذوات القيمة كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل
صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا
للفساد وكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع دفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان
قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم وكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخ اما ان يكون الفساد
في صلب العقد اي بمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زايد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين
والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة الفساد
وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط
ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب
في شرح الطحاوي قيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان يكون لاحد حق
الفسخ لكن الصالح يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ
لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة
والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا ملك
التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مما لم يحل

اكله ولو كانت جارية لم يحل وطيها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في
كتاب الاستحسان على تناوله وقال لان البايع سلطه على ذلك وذكر شمس الايمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولين سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل
الملك وهو ينفك عن صفة الحل وان كان البيع مافذا اسقط حق استرداد البايع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد تقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه
بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري
وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد
الشرا عذر في فسخها كما ياتي ولم يذكر محمد من نقضها وذكر في النوادر ان القاضي ينقضها والتزويج يشبه الاجارة لوروده
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله
قايم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق
النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري لحكم الفساد وهذا
بخلاف ما اذا اوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لانه بمنزلة
المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل
قولهم اذا اجتمع الحقان تقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه
تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه
انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد البايع ووجهه ان البيع
الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه
اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله
ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل اخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البايع الاول حيث
كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل قوله نقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض
ما تم من جهته والجواب اما لا نم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انهى
ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي متقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته
قوله بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق العبد بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض
تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه
الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للاخر
بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو
راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ يتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه
ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات
الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شي من ذلك ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى
عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البايع واعتقه او باعه بيعا صحيحا او اعاد لفظ البيع كراهة ان يغتر بلفظ محمد لو ترك
او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جايز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق
للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار
كالمغصوب يهلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد

بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق
المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود
الاسترداد زيادة فايدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع
الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد بعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض
على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب
بقيمة المغصوب الابق ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق
الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيا فشيا فيكون
الرد امتناعا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها وليس للبايع في البيع الفاسد ليس للبايع
في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذ
البايع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا
بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن من البايع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه اخر وهو ان
الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع يحبس بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه تقدم عليه حال حيوته فتقدم على غرمايه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرما فالمرتهن
احق بالرهن من الورثة والغرما حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها في هذا تتعين بالتعيين
على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا يتعين والقرض الفاسد وهو بيع الدراهم بالدراهم الى اجل في تعيين
المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف
ان الثمن في يد البايع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وهذا في حكم النقض والاسترداد والدراهم
المغصوبة تتعين للرد فيجب ردعينها اذا كانت قايمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه
كذلك وذكر في الفوايد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شي يصرف الى الغرما كما في بيع الرهن بالدين
ومن باع دارا بيعا فاسدا من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقالا
ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو
قوله الاول وقوله الاخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع لانه يحتاج فيه الى القضا او الرضا
ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك فقد تقدم ان البايع بيعا فاسدا اذا مات كان
لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشي فالاقوى لا يبطل به وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق
البايع كذلك ولابي حنيفة ان البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد
كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع
وكذا لو باعها من غيره فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان
حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده منه وهذا التقدير
يبين ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء
والغرس بالاجارة لا يقصد بها الدوام ولعل ذكره لان ملحقة بالبيع في كونه منهيا مقررا الا انه لما قصد به الدوام
البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لانقطاع حق البايع
في الاسترداد بالبناء المصير وترجح بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا اوجب نقض
البناء لحق الشفيع ففيه تقرير العقد الفاسد ووجب نقضه لحق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا اوجب

ما ذكر فليس براد اذ البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت
الملازمة واعترض ايضا بانا اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو
العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع لما هو فسخ
واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد
وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى
على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روى في وجوب الشفعة في هذه المسئلة عن ابي ح يعقوب ثم شك
بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي ح لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
ان عند ابي ح للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا
للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه
فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال لعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون
اللازم محال وعلى هذا من حفظ مذهب ابي ح في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم
يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد قال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين
ابي يوسف وم قال ابو يوسف ما رويت عن ابي ح انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك انه ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه يأخذ
قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي ح كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل
ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المص قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب
عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب
عن ابي ح لمحمد قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد
كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافها والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما
الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا
فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين
فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث
فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيهما انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم
كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها
البتة وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع
الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها
واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي ح وم لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين
وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما
يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى
بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو
الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي
التوسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق
بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلبت حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى الشبهة
لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما فيه شائبة ملكه فشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى

الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذي كان شبهة خبث لحصولها بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك
بل بمال فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها فيما قيل بالحديث وهو ما روي ان النبي عم نهى عن الربوا والريبة
والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص
الريبة بالشبهة لا غير واما اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك
ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قل
ما يخلو عن شبهة شبهة شبهة فما دونها قال وكذلك اذا ادعى رجل قال لآخر لي عليك الف درهم فاقبضها فقضاها
ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد
الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما
تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين
كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولم يكن بدل المستحق مملوكا لما تقدم لامتناعه في غير
الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا في مقابلته لا فيه فلو كان باطلا والخبث
لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** فصل امره ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه
فلذلك الحق به واخر عنه ولتحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان النهي اذا كان لامر مجاور كان مكروها
واذا كان الوصف متصلا كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى النبي عم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في
الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عم لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسببه
ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب
في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها
لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال عم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في
معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا
عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان
مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب الاول من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يجنح فلا بأس بذلك لانه بيع من
يزيد وقد روى انس ان رسول الله عم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى النبي
عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته ان المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه
على ما اراده فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول بان
كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين
فقد غر وضر وهو قبيح فيكره والا فلا بأس بذلك قال وبيع الحاضر للبادي اي ونهى عم عن بيع الحاضر للبادي
فقال عم لا يبيع حاضر لباد وصورته ان يكون للرجل طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان
يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس به وكذلك
وعلى هذا يكون اللام في البادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في
القيمة قال والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله عم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا
البيع وتسميته نهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب
السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة
ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد

لان النهي اي النهي في امر خارج زائد اي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة ولقبه بيع من يزيد وما روي عن انس رض
قدم آنفا نوع منه اي هذا الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر
كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة قوله ووهب
معطوف على قوله عم من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عم ووهب النبي عم لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له
ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني
تكرار بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض المبيع فعلم بكراهة البيع لافضائه
الى التفريق وهو مجاور نهي عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير
للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عم على ذلك بقوله عم
من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عم من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة
المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا بد من محرم
غير قريب لا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعا للآخر او كان امه والآخر ابنها من الرضاع
وكان احدهما ولد عم او خال او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس لان
القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكلما ورد من النص بخلاف
القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والاخوان قيل في كلام المص تناقض لانه بقوله ولان الصغير يستانس
بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء
التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح
بدون ضرر للمولى او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوزه الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لا لبيان الوصف الجامع بين المقيس
والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في
القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان
منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما
صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا
صار احدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده ان كانت امة فانه لا باس ببيع الآخر وان حصل التفريق
والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية
المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره بالبيع يكره بالشراء والرابع
اذا ملك صغيرا او كبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا
كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع
اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا امه ولزم التفريق واذا تاملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها
فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع من معنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى
والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف
يحل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث
فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شرائه تضرر الصغير قصدا وعادت على موضوعه بالنقض فان
الحربي يدخلهما دار الحرب فيشتان فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضة الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من نشأ

فيها من صغره بينهم ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار
للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب
حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق
هو عين الجمع باكمل الوجوه لان العتق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور حيثما دار اخوه ويتعاهد اموره على ما
اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف هي استبداده بنفسه
واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فيما عدا الاخيرين
ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم
لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والآخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه
وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا او كبيرا او هما في مؤنته ولا او سواء كان زوجته او
مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم
تقريره في اثناء الاسولة وجوابها وروي عن ابي ح انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين الدفع
او يفدي فكان الفداء اولى فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل
على انه مكروه سواء كان بالبيع او بالقسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عم لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثة
اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة
لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب
عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في
معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي عم فرق بين مارية
وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله عم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب
البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابرهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت فكان اسمها
سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك حرا مسلما حرا كان او مكاتبا
او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان
للاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض اهل
قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عم من اقال نادما بيعه اقال الله عثرته يوم القيمة ندب عم اليها بما يوجب
التحريض عليها من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا المشروع وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان
شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا ابطل
ما تعلقا به من الزيادة عن الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو
كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا اوجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفيع
ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك فشرط التقابض اذا كان البيع صرفا كان
في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما نذكره ومعناه ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال
بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا
في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة

بعد القبض ولهذا كان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف بيع الا ان يتعذر جعلها
بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة
بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا
تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني
ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله
وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد
بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا ومحتمله له
لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم
بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت
الى ما لا وجود له فيبطل في محلها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة
المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ارادة المجاز ارادة المجاز في ساير الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز
وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة
وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي
سابقة العقد واستدل ابو حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ
في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطلا وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل
لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث
ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك كما اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة و
هذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو ملك
للبايع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث ودونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع
وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت
الملك للبايع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة
في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه
نعم ان المدعى ان يكون الاقالة في حق ثالث ليس بمقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك
لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع والجواب لابي حنيفة عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشرايع
تبدل الاحكام ولا تغير الحقايق فانه يخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت
حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقايق فلا يخرجها عن حقيقتها
التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل يتحول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على
الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه عن الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع
ما لم يكن ثابتا وهو محال ويبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه
نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى وكان
الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات
ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا
من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة

الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف
درهم وتقايلا بالدراهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف ولغى ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة
فان لم يدخلها عيب صحت بالالف ولغى النقص ووجب على البايع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت
الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند
البايع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن فيه
الناس فيه او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسئلة ذلك هذا عند ابي حنيفة وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان
الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد وان كانت فسخا لكنه في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل
عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن واقال كان فسخا فهذا اولى
واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول
رد المختلف على المختلف والثاني غير ناقض لان ابا حنيفة انما جعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانعدام ذكر الثمن بخلاف
صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء
ما فات بالعيب ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع
لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا يبطل الاقالة عنده لان الولد مانع من
الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان
الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال
او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت
الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان
كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل
الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار
فانه فسخ عند ابي حنيفة وم واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن
لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع
بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا
جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع
فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد
في يد بايع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية ووجب قيمة العبد فلا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل
واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك
القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض
وكان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها
حكم البيع لكنها ليست بيعا على الحقيقة فتجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة
ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع في كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا
كان قبل القبض وانما قيل بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف الصرف فان هلاك
البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد في العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة
لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله فيستويان فصار هلاكهما كقيامهما

وفي المقايضة تعلقت باعيانهما فايهما فني هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح
بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون
الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع باب

المرابحة والتولية لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان
الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وحجة
المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول
فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق
اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل
على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول
لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد
المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه
له به مثل جاز سواء جعل الربح من جنس راس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس
اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى راس المال اجرة القصار والصباغ
والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية
فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما
قام عنده والجواب عن الاول اما لا نم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني
بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك
على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع
وقيمته الى راس المال فكان من جملة الثمن عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا جعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة
فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك
الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على
المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز
ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفقة كاشفة يحتاج الى ان
يعتمد على فعل الزكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عم كما ذكر في الكتاب
فوجب القول بجوازهما لوجوب المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين
اي مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة واصاب لاقتضاء المقام
ذلك وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات
القيم انما تعرف بالحزر والظن وكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم يجز بيع المجازفة في الاموال الربوية
لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له
مثل لا يصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا انفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز
عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من
الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الغرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن
فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من

من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا
اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان
ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع
بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا ويجزي في احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن
الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى راس المال فان كان الاول
كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح
من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز
والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة
تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن
الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف
اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من
الاعمال دراهم لم يلحقها براس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق
على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في
المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي ح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان
اطلع على خيانة في التولية اسقطها في الثمن قال ابو يس يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار
للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها تعلق العقد بالمسمى والتولية
والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يس ان الاصل في هذا
العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول وبعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم وقع
عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهر الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من
بناء العقد الثاني على الاول فتحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وهو ظ
وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة
في الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي ح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها
تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة
لما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه
او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك ونحوه فيسقط خياره بخلاف
خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء
الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول
انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها قالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
وهو ظ وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتري مشتريه وقال ابو ح شبهة حصول الربح
الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكدها

كان على شرف السقوط وللتاكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا
نصف المهر لتاكيد ما كان على شرف السقوط واذا كان لشبهة الحصول باتا صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم
بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة
ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على
التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز
الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول
الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع
والشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع
فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوايد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل
بغيره ولم يستفد به المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة واذا اشترى العبد الماذون اذا اشترى
العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه عن المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة
على عشرة وكذا ان كان للمولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم
لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستخلص
عبده فصار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع
الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط بالرقبة
لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف
هكذا قيد محمد في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده
لما ذكرنا وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف
فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز
عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه
عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره
لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفايدة فان فيه استفادة ولاية التصرف
لان بالتسليم الى المضارب انقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فالشرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف
وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفايدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفايدة الا يرى انه اذا جمع بين عبده وعبد
غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفايدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما
ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المص بقوله الا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه
وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكل فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع
الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في
اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك ومن اشترى جارية فاعورت
اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها
الوطي جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شي
من الثمن قوله ولهذا اوضح لقوله لانه لم يحتبس عليه شي يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري
لا يسقط شي من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع

البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى
من الوطي بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها
مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لا يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد
عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البايع ويسلم الوطي للمشتري مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط العقر
لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا
احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية او بصنع
العباد واما اذا فقا عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي يعني اذا
فقا المشتري عينها بنفسه او فقاها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار
مقصودا بالاتلاف واما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب
ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المص
تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش
وقع اتفاقا لانه لما فقاها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش صار سببا لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق
ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك كذا ان وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا
بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان واذا اشترى ثوبا فاصابه قرض
فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر على انه بالفاء وحرق نار جاز ان يبيعه
مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه
صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين ومن اشترى غلاما بالف
درهم نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة
فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض
بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب
البيان على البايع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة
السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل
بالشرط ولا يثبت ذلك الا في سلامة الاعضاء وقد يشير المص الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان
يهلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شي من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة
فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قايما فاما ان يسقط شي من الثمن بعد الهلاك فلا والا كان ما
فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل وان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري
انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة
كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان
الاجل لا يقابله شي من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسياتيك من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث
روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه
اقام القيمة مقامه وقيل هو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا

في العقد لكنه متعارف معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما فيجعل لا بد من بيانه لان المعروف
كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال ⁂ ومن ولى رجلا شيا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به
ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان
اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شا اخذه وان شا تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان
فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس كابتدا العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتاخير القبول الى
آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحة البيان في المجلس وتقرر فساده
بعدمه واما خيار المجلس المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات
فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به **فصل** ووجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل
المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زايد على البيع المجرد عن الاوصاف
كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيا مما ينقل نقلا حسيا وهو المراد بقوله يحول فسره به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم
يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له
بما روى عن ابن عباس انه عم قال ان اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص
يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال واحسب كل شي مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا
وكان ذلك معروفا من الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما
استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن
ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار
الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جايزة عند محمد وان
كان قبل القبض فان كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جايز في البيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا
العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع
اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض
لا يجوز لانه تمليك بعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول
وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع الاول في يد البايع والغرر غير جايز
لانه عم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا
متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا
واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تع
واحل الله البيع وحرم الربوا وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض
غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي ح وابي يو وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث اعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما
على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا
قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه في محله
لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيصح العقد
لوجود المقتضي وانتفا المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفا المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد
يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح اذا اجاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول



الاول الرد فيه نظر لانه ان رد عليه بقضا عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر
الانفساخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل
فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص
وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله
الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيحمله على
المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع ولم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام
اذا ابتعت شيا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب
لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله
واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشي لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا لغويا
واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان
يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا بعموم قوله تع واحل الله البيع لكنه خص فيه الربوا بدليل مستقل مقارن
وهو قوله تع وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم
لا يخ اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن
وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي عم نهى عن بيع الغرر
وبينه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق ح والاعمال متعين لا
محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض
هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره
انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته
لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو
الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول ⁂ ومن اشترى
مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف
فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع
مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول بيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم
في حق المشتري الاول كذلك لان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك
التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الث لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار
وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا
في ملك نفسه قال المص لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا يتصور مجازفة واجيب بان من المجازفة
اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل
الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البايع وذلك
بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زايد على ما ظنه والزايد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب العرض
ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم
يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق

به مخرص كما في قوله تع ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي السراج يحتاج الى كل واحد اما
كيل المشتري او كيل البايع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع
مبيعًا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام
الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع
مكايلة فلم يتناول ما عداه ورُدّ بانه دعوى مجردة واجيب بان التقصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تع واحل
الله البيع وحرم الربوا يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بانه الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر بالـ
الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان
في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جايزا بلا كيل ثم قوله اشترى مكيلا اشارة الى
انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سياتي وحكم بيع
الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنا احتمال الزيادة فلم
يكن في معنى ما ورد به النص فلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البايع وهو المشتري الاول قبل البيع وان
كان بحضرة المشتري الخ لان الشرط صاع البايع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل
من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر
الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال
الزيادة ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتي في باب السلم اي من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا
وامر رب السلم بقبضه لم يكن قبضا وان امره ان يقبضه لنفسه فاكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل
فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المص ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان العقدان
شرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد
وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية
انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية
بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفع بان يكون المراد بالبايع في قوله ولو كاله البايع المشتري الاول
وبالمشتري وهو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا
من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور
اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسئلة وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن
فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول
المسئلة ايضا كما ذكرنا ولو ثبتنا ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان مدفعا جاريا
على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عن ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه ليس
بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين وكان كالمذروع وحكمه قدمر وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه
لا تحل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يتخير دفعا للنقصان
من البايع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون والتصرف في الثمن قبل القبض جايز
التصرف في الثمن جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة
جاز ان ياخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان
بحضرة رسول الله صلعم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها

تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا
او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق تتعلق بكل ذلك فيملك البايع حبس المبيع حتى يستوفي
الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البايع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط
ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البايع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة
والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة
ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري
ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله
مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البايع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد
بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان المبيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل الخاسر
عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل
العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله
فصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقطا او شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد
واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم
بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المص
بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا
فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم
الثمن ح وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد
لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار ولا اعتبار الالتحاق
لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البايع
اذا حط بعض الثمن عن المشتري فالمشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط
فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا
في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة
باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة
لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع
قائما واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض
انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج
البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا
وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا
ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان العقد
بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك وابقاؤه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد اي المعقود عليه في حق فائدة فا
فيما وراء ذلك نفيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن
حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا
بثمن حال ثم اجله صح اما ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وهو

فان كان فيه لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه ولان التاجيل
اثبات براة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراة المطلقة بالابراء على الثمن فلان يملك البراة الموقتة وان كان الاجل
فلابد اما ان يكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب ريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني
كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرنا
من قبل يعني في اول البيع الفاسد قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال بتاجيل صاحبه
يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من
التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب
بالقرض رد المثل لان رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا اجبر في التبرعات وعلى اعتبار
الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع
الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض بما اوصى بان تقرض من ماله الف درهم فلانا
الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب
الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه
لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة
مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للوصي

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشرع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع
نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان
كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا قيل لمحمد الا تصنف شيئا في الزهد قال
قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربوا في
اللغة هو الزيادة من ربا المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح خطا ذكره في المغرب
وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال الربا في كل مكيل او موزون اي حكم الربوا
وهو حرمة الفضل النسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة اي الوجوب المماثلة هو الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده بتناول
الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا
وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة
بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل
ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر ولا
بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن
لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث
الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سواء كلام رسول الله عم يفسر بعضه بعضا فان قيل
تقديره بيعوا اوجب البيع وهو مباح واجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس
المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات كذلك الامر يكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد
المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده
فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم معلول باجماع القائسين احترازا عن قول داود ومن المتاخرين وعثمان البتي

البتي من المتقدمين ان الحكم مقصود على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي
الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية
وح لا يكون لها اثر في تحريم النسا فلو اسلم هرويا في مروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسيأتي والمساواة
مخلص تتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال
والاحوال شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت
وكل ذلك اي وكل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا يعلل بعلة تناسب اظهار
الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر
للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والجنس ان العلة انما تعرف بالتاثير وللطعم والثمنية
تاثير كما ذكرناه وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا
به ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى متماثلا والاحوال شروط ووجوب
المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاث لتحقق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظ لكونه مبادلة والتقابل
يحصل بالمماثلة لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد
البدلين اذا كان انقص من الاخر كان التبادل متضمنا لفضل ما فيه الفضل او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي باتمام
يعني ان في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للاخر لتتم فائدة العقد وهو ثبوت
الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث
القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا للاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون
نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في حق الاخر وان كان مثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض
لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في ساير البياعات
لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة
عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة لتصور التخلف واذا ثبت
اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا
عند فوات شرط الحل ان لم يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن
ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على
وجه اتم فليطلب ثمة قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علة القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين
باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي
كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل
ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك
باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو
اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا
فاثبتناه في غيره تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس نظهر الفضل على ذلك فيتحقق
الربوا لان الربوا هو الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله
ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف
وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذات صورة ومعنى تساويا في المالية

والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيل لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسير وقوله لانه لو كان كذلك
لما تفاضلا في القيمة في العرف ولان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا يكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات
في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او بقوله عم جيدها ورديها سواء
قوله والطعم والثمنية جواب عن جعل الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف
ما اضيف اليهما لكونهما من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا يرى ان الحاجة
اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر في حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه
الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط التساوي
والفساد لوجود المفسد فلا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول
اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلا بمثل او كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة
في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط والجودة
ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا قال ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما ترتب على الاصل المذكور
جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود
المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فينتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله
ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو بقيت مكيلة
او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز
لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة
لوجود الطعم وعدم المستوى وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست
حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ
نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا
كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان
اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر فالاول قد تقدم والثاني يظهر حكمه
حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت
بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عند عدمهما لان العدم يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل
وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي وحنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو
باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا
الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الردي بالرديين والعبد بالعبدين
فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام
الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لوحظ
عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذلك بيع الحنطة بالشعير
وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المص
من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انحطت
عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا كانت حقيقة او مساوية
لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ليثبت مال الربوا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما

يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين
لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلة وشبهة العلة يثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا من المالية
فيتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل
ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجب فضلا شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني
ان كونها شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جايزة فيما نحن فيه
فيجب ان يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمه شبهة قوي وهي التي
في العلة وشبهة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان الشبهة غير حاضرة بل الشبهة مانعة في محل
الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان في الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المص لم يستدل للجانبين بالاحاديث
التي تدل على كل واحد منها كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عم جهز جيشا
فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل الصدقة وبما روى ابو داود في السنن عن النبي عم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
لنا فالجواب ان التاريخ وتطرق احتمال التاويلات منعا من ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء
فكان الاستدلال به اولى من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النساء
في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم
النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه
كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن
بالامنا والنقود بالسنجات وهي معرب سنبك ترازو ونقل عن الفراء ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات
ولا يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث
فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دراهم مثلا وقبضه
البايع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد
الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين
اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
لا يقال لم لا يجوز ان يكون ذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما بالاشتراك اللفظي ليس الا
وهو لا يعد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة في عبارة المص تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا
صورة ولهذا قال شمس الائمة بل يقول اتفقا في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة
كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذلك اعتبار زايد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان
الشرع رخص في السلم والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات
على ما هو الاصل والغالب فاثر شرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا الكلام من يجوز تخصيص العلل
ولسنا نقول به قال وكل شيء نص عليه رسول الله عم كل ما نص رسول الله عم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير
والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا
لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به
والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت
عليه لقوله عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف اعتبار العرف على خلاف منصوص عليه ايضا
لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو

العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا
بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عندهما وان تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه
كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة
ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في
التتمة انه ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل
بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كالاثفية والاثافي وقيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه
اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن
اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا اي لكونه مما يباع بالاواقي وزنا بخلاف ساير المكاييل متصل بقوله لانها قدرت
يعني ان ساير المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه
اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان
انما يعدل عن الوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء ففي وزن
كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسرا فعرفنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن
وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه
قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء يدا
بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه
هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما يتبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه
التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير
او تمر فانه اذا افترقا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله عم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض
لان القبض يتعلق بها لكونها آلة فهي كناية وبانه اذا لم يقبض في المجلس تعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال
والمؤجل ولنا ان ما سواه اي الاثمان مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب
والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف
وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض
فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقود وعن قوله عم جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا
بعين لم يبق دليلا على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط
التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض
واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الآخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين
لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك
والجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد لمعنى القبض في الصرف ومعنى التعيين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في
الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو بمعنى التعيين في المحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض
بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم عدم تعيين العين فان الاناء يتعين بالتعيين عندهم
لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة
فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان لا تتعين واما الشافعي فليس بعامل به فلا يكو

ن ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوته بالدلايل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب عن
قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار
لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا ويجوز بيع البيضة بالبيضتين وبيع
العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء
فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت امثالا الا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل فيه
في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع ولا
فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالف الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر ويجوز بيع
الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على وجوه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير
اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول
فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن
العوض مشروطا في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو جاز امسك البايع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال
عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز قبض البايع الفلسين ورد اليه احدهما مكان ما استوجبه في ذمته فبقي الآخر له بلا عوض
واما الوجه الرابع فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح
الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بيعا
بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهذا اي ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت
بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في
حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه
بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يكون عوضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا
على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس ان يكون عوضا ايضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف
الاصل فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عوضا كان ذلك على وفاق الاصل
فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ
لا ولاية للغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما او بشرط ان يكون من سواهما متفقين
على الثمنية واذا بطلت الثمنية قبل الكساد فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنية
فكان بيع الفلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام
على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد لازم
الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا او استدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق
العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك الاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها
مطلقا في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله
بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله
وبخلاف جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ اي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله
وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز فيهما باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء
ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانهما
بكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والجمع لا يعتبر

بالسويق شيئا لم يزايله من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم و
وتبدل الصورة واختلف المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق
والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك
في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة او لا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة
والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجيب بان المساواة انما يكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل فان قيل حرمة الربوا تتناهى بالمساواة
في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا النوع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل طهارة الذمي على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا
تتناهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من
ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق
الشرط وهو وجود المستوي ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز
ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق
بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق
اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء البعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء البعض
باجزاء البعض وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لان الاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك
بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان
يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة
الذي اكلها السوس المقلية هي المشوية من قلى يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة من قلى يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك
من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة هي العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة
مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا
باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما بين ومنها ما اذا باعه بحيوان
من جنسه كما اذا باع لحم شاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا
فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق ومنها
ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وغير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة
ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه
لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالخل اي الشيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان
لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدري ان الثقل حقيقة
نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الخل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير وهو ثفله
وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر
من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن ويعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء
حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم بموزون
بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنس ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا
بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة
ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب

الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة خاصة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام
في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان
بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله
فقال عليه السلام هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه عليه السلام سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال او كل تمر خيبر هكذا وبيع التمر
بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه
لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة
واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد
المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان يكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا يكون فيجوز باخره فمنهم من
قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر
اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة
قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا يثبت لما قيل ان المقلي صنعة يقوم عليها الاعواض
فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله
ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت على صنع العباد فهو مفسد
كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب
على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق
التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي
المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال
اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا ان بيع التمر بالتمر متساويا كان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة
بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع
من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في
اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومتمسكه حديث سعد وابو يوسف يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك ابو حنيفة الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الاصول يعني بيع الحنطة الرطبة او المبلولة الى اخرها
وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله
ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال
الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا
انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل
قال ولو باع البسر بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته وبيعه به متساويا
من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه
بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي متفاوت قيل
هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر
والكبر ويتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت

والشرح الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة
بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا لا يجوز بيع
قفيز حنطة مملئة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت
بيع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون اولا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل
الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون الفضل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت
والثجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والثجير وحده ان ساواه على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد
بعد استخراج السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المراد عن اتح والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج
بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار وتقاس السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والثجير
فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من
حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة
اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان لا يقابل الثجير بشيء
من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لان
كل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلت ذاك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار ولظهور كمال الجنسية
في الدهن والثجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينتقص بالغزل فهو
نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا بأس
بيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا
بخلاف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا ويجوز بيع اللحمان
كلما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضان فلا يجوز بيع
لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر
متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار
بمعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض
متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع
بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا
لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة يكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر
لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت
فلا يوجبه وانما يوجبه الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل
وهو القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلف الغش مثل الحديد والرصاص اذا
كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول وكذلك خل الدقل بخل العنب الدقل هو
اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج
الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرهما يعني الدقل والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف
المقصود كالتبدل بالصنعة في تغير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغير واختلاف المقصود

المقصود فيهما ظ فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا الا ان الام فان
لبن البقر قد يفرح من لا يفرحه لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف
الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل ان يوجب اختلاف
الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة
او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط
ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل
بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح وكذا شحم البطن بالالية او باللحم بيع شحم البطن بالالية
او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصورة
فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم
منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكما في الطب ويجوز بيع الخبز بالحنطة
بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدا او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز
لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى
وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير
وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن
ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما يذكر في الهداية
والفتوى على قول ابي يوسف وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وانما كان الفتوى عليه
لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض
ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز
باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيخرج خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا يكون
مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا ترك قياس المسلم فيه للتعامل
وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده ولا ربوا بين المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده المأذون
الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا بعد وجود البيع تحقيقه
في دار الاسلام مشتملا على شرايط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا
لمولاه عند ابي حنيفة وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه
ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
لهما ان الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لا يجوز فكذا اذا دخل
المسلم دار الحرب وقيل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روي مكحول عن
النبي عليه السلام انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة
الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه بعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله
قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقديره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا
بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة باب الحقوق
قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المص التزم ترتيب الجامع الصغير

الرتب فيما هو من مسايل وهناك بهذا وفتح فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع **قال** ومن اشترى
منزلاً فوقه منزل ذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسره لتبيّن ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق
لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى
مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه
ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث بان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتاً وفوقه
بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها ولم يذكر شيئاً من ذلك دخل فيه العلو والكنيف
وهذا لان الدار لما كان اسماً لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخروج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت
لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعاً لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما
لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله
في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة
ذلك فان لفظ المعير لم يتناول عارية المستعير اصلاً لا تبعاً ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئاً
جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذاراً وقوع التغيير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف
ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما اخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان
كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا
لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالعرف وكما يدخل العلو في اسم
الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه في الدار المبيعة
والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقوله
الظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ
حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف
وقوله وان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار **قال** ومن اشترى بيتاً في
دار او منزلاً او مسكناً ومن اشترى بيتاً في دار او منزلاً او مسكناً لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة
وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود ولكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظراً الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل حق
نظراً الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدار والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق
والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع
بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجرها فلابد
من الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالجحش
كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووجد
لكل واحد بما ويل المذكور وقد يستاجرها ايضاً وقد يكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى
قال ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة
فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس
كافة ولهذا اذا قامت ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه

من الاصل والولد كان متصلاً بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير فيثبت
الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لابد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي
تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المشتري من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا
الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له كذا في النهاية
نقلاً عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً ام لا قيل وهو الاصح لان
المسائل يشير الى ذلك قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد لم يدخل الزوايد تحت الحكم وكذا الولد اذا
الولد اذا كان في يد رجل غايب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد **قال** ومن اشترى عبداً فاذا هو حر رجل
قال لآخر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البايع حاضراً او غايباً غيبة معروفة واما ان يكون
غايباً غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد
على البايع وان لم يقل اشترني وقال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده
حراً لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضراً او غايباً اية غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على
العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما
الموجود هو الاخبار كاذباً فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك وقال ارتهني فاني عبده وهي المسئلة الثانية ولهما
ان المشتري اعتمد في شراه على امره بقوله اشترني واقراره بعبوديته بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فجعل اقراره
بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بامر الغير واقراره مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي
تقتضي سلامة المعوض جعل سبباً للضمان دفعاً للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي
وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته
بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه
على البايع دفعاً للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه وقوله والبيع عقد معاوضة اعاصرح به مع كونه معلوماً من
قوله ان المشتري شرع تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات
ولهذا قالوا ان الرجل اذا سال غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاذا هو لصوص
سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئاً لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر
بخلافه لكونه تغريراً في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة
لاستيفاء عين حقه ولهذا اجاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان
استبدالاً براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضماناً للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه
لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده
والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية اولا والاول تناقض والثاني ينتفي
بشرط الحرية والجواب ان قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان
احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون
الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراماً وحرمة
الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم يكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً والثاني
ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل ايضاً عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق
وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فلا الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض الخ

صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة
على الطلقات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما
قيدنا بالثلث لان فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبته المرأة بينتها قبل يوم او يومين
واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع
والكتابة بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه قال ومن ادعى دارا ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في
يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها
فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فينقسم المائة
لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا
الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصلح للجهالة
ولهذا لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينة

فصل في البيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظ لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند
الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد
غلبت جمعه على الاخير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء
قال ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان
شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن
ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة
الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة
العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك انما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك
لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التملك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التملك
كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر افاد حكما موقوفا كما ان السبب
البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم فاما اذا تاخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل
فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم
المالية والتقوم الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جاز لان الاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده
فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك
والعاقدين اما المالك فلانه يتخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما
الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظ فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل
سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك
وكذلك العجز عن التسليم الا يرى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله عم
نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم
بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة حدثنا ابرهيم قال حدثنا محمد بن ميمون
الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال حدثنا الحي عن عروة البارقي ان النبي عم اعطاه دينارا ليشتري به
اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي عم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه
لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عم امره

امره ان يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل الموح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا
وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك
ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال
المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا
على المشتري حيث اضيف ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير
ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك لم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا
الوجه اشار المص بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما
ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين
وان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز
البيع لما ذكر ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البايع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج
الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العوض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع
ما باع بما ملكه بالاجازة لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعوض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان
مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن ان كان عرضا صار البايع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف
على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن
التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فانه فسخه قبل الاجازة بط لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر
فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة
الوارث في الفصلين اي فيما كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره
واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يوقف على اجازة
الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية ويوقف عليها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف بطريان الحل البات
على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر على الوارث اذ هو قائم
مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حيوته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم
جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك
وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ
الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت
الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري قيل جرت المحاورة
في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه ما كتبه قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق
بط وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى
البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير
مصحح والمصحح له الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل
العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المص بقوله يوضحه اي يوضح ذلك هو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي
الضمان وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من

الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع
اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع
نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولنا ان الملك
ثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف
المطلق الموضوع لافادة الملك لانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك
فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا العبد من الاول ذكره
المص للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع
لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك
وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه ايضا عند اجازة المالك لان كلا من جواز البيع وجواز العتق
محتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق
ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو
في كلام المص مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى تلك
بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسألة الثالثة فان البيع
بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا واقتران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا
قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف
المشتري من الغاصب جواب عن الثانية ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف
لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب
اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك
المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف البات ان طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا لكان مانعا عن الموقوف
لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب ان يجب بيع الفضولي
وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري
وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود اما المالك
اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل
واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو البات يبطل الموقوف
وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره
اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه
على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المص وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة
الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يتملك من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك الى وقت
العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا حقيقة فيمكن اثبات حقيقة للمشتري من وقت العقد قال واذا قطعت
يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري

للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق
المغصوب فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين
ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كلما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك
البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه يبقى متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا
غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال للامراة امرك
بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حيث التفويض
حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت
الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء ان يجعل معلقا
بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا
من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود
من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري
حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب
حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب
اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يدي المشتري في يد المشتري والخيار للبائع
ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار
للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية
وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد
الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح
للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في
الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن
او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل
به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل
ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد
فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال فان باعه المشتري من آخر
يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت
للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة
في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز
المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما
عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فعلنا بالجواز
الموقوف عملا بهما لان ابقاء الغرر محرم فيرجح لان الصحة في العقود اصل معارضة على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار
المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيعه اصلا لا سيما في المنقول لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما
غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا لو فيجد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ
فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض في المنقول لا يصح لغرر الانفساخ

والاعتاق قبل القبض يصح فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده
او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت
والقتل لا استرداد ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف
وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب
البدل فيكون المبيع قايما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد
غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري ارد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك فاقام المشتري البينة
ان رب العبد والبايع اقرا انه لم يامر البايع ببيعه لا يقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا
وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على عدم صحة الشرا وان البايع لم يملك البيع فحصل التناقض
المبطل للدعوى المستلزمة صحتها بقبول البينة وان اقر البايع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ
في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المص مسئلة الزيادات نقضا على
مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة
على البايع بانه اقر ان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع
الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق
الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد
المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع
المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري وليس مسلما انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض
المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير
فلم يقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب
النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير
ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشرا ولم يعلم باقرار البايع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل
البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المص على ما قررنا وما قيل
ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا يملك العقد اصلا ولا
ملك الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك واثبات وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار
به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فايدة الرجوع
بالثمن لسلامة المبيع اذ هو في يده ولم يجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فايدة الرجوع بالثمن بعد سلامته لكونه
في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فقربا اليه قال ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة
غيره بغير اذنه وادخلها المشتري في بنائه قيل معناه قبضها واثبات قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البايع
اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسئلة غصب العقار على ما سياتي ان
شاء الله تعالى في موضعه

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع
التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه
قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء
وهو اخذ عاجل باجل قيل هو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرايط ورد بان السلعة اذا بيعت

[illegible]

على صحة الشرا وان البايع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل صح

القايل الاتقاني

قوله وما قيل الى قوله يجاب عنه اقول هذا الجواب مذكور في مختارات النوازل وزيادات قاضي خان رح قوله يجاب جزا لقوله وما قيل اه

اي من حيث الظاهر

اي من حيث حقيقة

بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول
بان يقول رب السلم للآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم
والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرايط جوازه ستذكر
في اثنا كلامه ان شاء الله تعالى السلم عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة
اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين
مؤجل فاكتبوه وفايدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن ابن
عباس اشهد ان الله احل السلف المضمون انزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان
الاستدلال به وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا للذين هادوا
ومعناه واجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله عم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال وهو جائز في المكيلات
والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم والوجوب
ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان
للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع واما الحديث يستدل به على
جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا
فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاول
في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش وهذا الاختلاف فيما اسلم حنطة او غيرها من العروض
في الدراهم والدنانير لانه يمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلا
من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما
يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في
الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون صحيحا قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وجواز السلم في المكيلات
والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار
لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا ساواه من جميع الوجوه وليس
المذروع مع المكيل او الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان
لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا
عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فالجواب انا لا نسلم صلاحيته لما ذكرت للتخصيص لان القرآن
شرطه وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات
المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم
فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس
على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وتلك بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت
آحاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الانواع
وهذا هو المروي عن ابي يوسف ويؤيد ذلك ما روي عن ابي ح ان السلم لا يجوز في بيض النعام لانه يتفاوت آحاده في المالية
ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز

عدداً ايضاً لوجود التفاوت فى الآحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزاً
وكونه معدوداً باصطلاحهما فيجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا فى الفلوس عدداً اى يجوز السلم فى الفلوس
عدداً ذكره فى الجامع الصغير مطلقاً غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان و
فى الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية فى حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما
فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه فى باب الربوا فى مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن
المشائخ من قال جواز السلم فى الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه
مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز
البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما
فبقى ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا
والاول لا يجوز عندنا بلا خلاف والثانى لا يجوز عندنا خلافا للشافعى وهو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن
كالجذع والثنى والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب
وقد ثبت ان النبى عم امر عمرو بن العاص ان يشترى بعيرا ببعيرين فى تجهيز الجيش الى اجل وانه عم استقرض بكرا وقضاه
رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التى اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش
فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فقد يكون فرسان متساويان فى الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعانى
الباطنة فيفضى الى المنازعة المانعة لوضع الاشياء بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا
بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا وكان فى دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربى فيها وتجهيز
الجيش ان كان فى دار الاسلام فتقبل الآلات حرام عليه فكيف يجوز كان من دار الحرب نعم تهاما فى دار الاسلام يومئذ ولم يكن
القرض ثابتا فى ذمة رسول الله عم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله
وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش فى المعانى الباطنة لا يوجد فى العصافير والحمامات
التى تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم فى الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز فى الديباج
دون العصافير ولعل ضبط بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لانه عم نهى عن الحيوان المطلق
عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر فى اول كتاب المضاربة ان
ابن مسعود دفع مال المضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب فى قلايص معلومة فقال ابن مسعود
اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع مطلقا لان القلايص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال فى
كلام المص تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث
جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة ولا فى اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم فى اطراف الحيوان
كالرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددى متفاوت لا مقدر له ولا فى جلوده الا
بكرع عدداً او هى عددية فيها الصغير والكبير فيفضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لتقييده عدداً الا ان معناه عددى
حيث لم يجز عدداً لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر فى الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك
لانتفاء المنازعة ولا فى الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا فى المبسوط ولا فى الرطبة
جرزا بالجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاء وهى القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد
به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه
من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون من حين

حين العقد الى المحل وليس موجودا اصلا او موجودا عند عقد دون المحل او بالعكس او موجوداً فيما بينهما او معدوما فيما بينهما
والاول جائز بالاتفاق والثانى فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعى والخامس فاسد
بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعى له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عم لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعى فانه شرط عم لصحة وجود المسلم فى
حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود فى مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع
وهو ما لا يوجد فى سوقه الذى يباع فيه وان وجد فى البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض
بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب
بان القدرة انما تكون موجودة اذا بقى العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفى ذلك
شك ورد بان الحياة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال فى النصاب
ليس بشرط فى اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم
كذلك ولو انقطع بعد المحل يعنى اسلم فى موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء
فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض
فى بقاء المعقود عليه فى السلم هو الدين الثابت فى الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفى قوله العجز الطارى على شرف
الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع العجز عن التسليم فى ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا
ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال عادة فكان القياس فاسدا ويجوز السلم فى السمك
المالح السلم فى السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون فى المالح او الطرى فان كان فى المالح جاز فى
ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان فى الطرى ان كان
فى حينه جاز كذلك وان كان فى غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان فى بلد لا ينقطع جاز وروى عن ابى حنيفة انه لا يجوز
فى لحم الكبار التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم فى الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس
بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة وهو المعتد الذى فيه تلح
ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد ولا يوجد بلغته قال الامام الزرنوجى كفى بذلك
حجة للغفت ولا خير فى السلم فى اللحم خير نكرة وقعت فى سياق النفى فيفيد نفى انواع الخير بعمومه ومعناه
لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم فى اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا
كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه
السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز منه متفق عليه وفى تعليله تامل لانه ان
ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم فى لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشائخ من
حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا يقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم فى المنقطع والسلم فيه غير جائز
عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى
الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التامل ولابى حنيفة طريقان احدهما
ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى
انه يجرى المماكسة بين البائع والمشترى فى ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة
ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه فى منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع والثانى ان اللحم يشتمل على
السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وكثرته والسلم لا يكون

الا مؤجلا ولا يدرى انه عند المحل على اى صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه
فى مخلوع العظم وهذا هو الاصح وقوله والتقميص بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل
من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقميص يعاين يعنى ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا تفضى الجهالة
الى المنازعة والمسلم يعرف بالوصف ولا يرتفع به الجهالة فلا يكتفى به (قال) ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز
عندنا خلافا للشافعى استدل باطلاق رخص فى السلم لانه مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عم الى اجل معلوم لما نذكره
ولنا قوله عم من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط
اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وح لم يبق مقيدا
فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله فى كيل معلوم ووزن معلوم لا يجوز اجتماع الكيل والوزن فى شى واحد فكان معناه فى
كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل
كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا
ضرورة فى التقدير فى الاجل لامكان العمل بالدليلين ضرورة فتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص فى السلم يدل على جوازه بطريق
الرخصة وهى انما يكون لضرورة ولا ضرورة فى السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل
ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز ما ليس عند الانسان وما شرع كذلك لا بد وان يثبت على وجه
يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه
اما ان يكون قادرا على التسليم فى الحال اولا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فيبقى على الثانى وان كان الثانى فلا بد من
الاجل ليحصل فيسلم والا ادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم
لما جاز ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع
عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما فى رخصة المسافر (قال) ولا يجوز الا باجل معلوم
اذا ثبت اشتراط الاجل فى السلم لا بد من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما فى البيع
فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه فى بعيدها واختلف فى ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب
الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر فى يمينه فاذا كان ما دون الشهر فى حكم العاجل كان
الشهر وما فوقه فى حكم الاجل وقيل فى ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد ابن ابى عمران البغدادى استاد الطحاوى عن اصحابنا
اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلثة ثمه بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل
ما كان مقبوضا فى المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازى
والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان (قال) ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح
السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم فى السلم متأخر فربما يضيع المكيال والذراع
فيفضى الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوما القدر والذراع كذلك او بلغ بذلك الاناء المجهول القدر
يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعنى فى اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز
لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان حديدا او خزفا او خشبا
ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل بكسر الزاء لان فعليلا بكسر الفاء ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز
لافضائه الى المنازعة الا فى الماء استحسانا فى قرب الماء وهو ان يشترى من سقاء كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء النيل للتعامل
(قال) ولا فى طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم فى طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان احتمال انقطاعه
عن ايدى الناس بعروض آفة موهوم فتنتفى القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله عم حين سئل عن السلم فى ثمر فلان اما من ثمر حائط

حائط فلان فلا ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولا اخفاء فى كونه عم بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز
فى ثمرة قرية بعينها قوله مال اخيه اراد به راس المال اى لو لم تحصل الثمرة فباى طريق يحل راس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة
الى قرية بعينها لبيان الصفة اى لبيان ان صفة تلك الحنطة التى هى المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرانى ببخارا
والبساخى بفرغانة جاز العقد فان تعين الخشمرانى ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة
مثلا مثل صفة حنطة الخشمرانى وعلى هذا اظهر الفرق بين ما اذا اسلم فى حنطة من حنطة هراة وبين ما اسلم فى ثوب هروى
فى جواز الثانى دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروى ما ينسج على صفة
معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة فى غير هراة اجبر
رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة والنابت فى غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك
الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد الاول (قال) ولا يصح السلم عند ابى ح
الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبعة شرائط عند ابى ح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون
فى جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخس خلاف السقى منسوب الى البخس وهو الارض التى سقيها
السماء لانها منجوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف او عشرين
رطلا واجل معلوم والاصل فى ذلك من المنقول ما روينا من قوله عم من اسلم منكم الخ ومن المعنى المنتهى ما بينا ان
الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان الذى يوفيه اذا كان له حمل ومؤنة ومعناه ماله ثقل يحتاج فى حمله الى ظهر او اجرة حمال
فهذان شرطان لصحته عند ابى ح وهو المروى عن ابن عمر خلافا لهما فالاولى المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه
الثمن والاجرة يعنى اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة فى الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما
فلذا ينبغى ان يكتفى بالاشارة فى راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفى اتفاقا
وان لم يعرف ذرعانه ولابى ح انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى فى كم بقى وتحقيقه
ان جهالة قدر راس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل
فى مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم فى كم انتقض السلم وفى كم بقى وجهالة المسلم فيه
مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله او ربما وجه ثان لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه
وليس لرب السلم ح الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما ينبنى على الر
اجاب المص بان الموهوم فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى اذ القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيال
رجل بعينه لم يتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل
فى هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لان وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد
محتمل لعدم لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال فى مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هى دون النازل عنها فالجواب ما تقدم
ان المعنى من الموهوم هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبنى على وجوده زيفا والاول اظهر قوله
بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع فى الثوب
المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس
كلامنا فى ذلك وانما هو فى تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله يقتضى
ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال فى مجلس الرد ومن فروع الاختلاف فى
معرفة مقدار راس المال ما اذا اسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير فلم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابى ح لان المائة

على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة
الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان
مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر
وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه
وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو
كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار
كالقرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان
كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان
العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده
اشتراها في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا
والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره و[illegible] لان فيه قيدا
لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح بخلافها يبطلها وانما فسد
في بيع العين لانه قابل الثمن في المبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل
بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين فيه مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم
بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا في طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف
القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة
في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين
للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في
موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلم في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان وعن
هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف
عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه
وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد
وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط
ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص
عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان
الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها او في الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا
واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان الايفاء خلافا لهما
ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج الى بيان مكان الايفاء وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم
من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا ان يحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل
هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل
يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع الاصل لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في
الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه قوله

قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره
فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه
يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه
لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما
فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة ولا يصح حتى يقبض راس
المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من
المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان
راس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان
السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم
ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود يثبت احكامها بمقتضيات اسمائها لغة وهذا وجه الاستحسان
والقياس جوازه لان العروض يتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من
تسليم راس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم
اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت
الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدة
الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا
وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع
لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه شك لان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول
لان خيار الرؤية ثابت في راس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه لا يحتاج في بيان اشتراط
قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني ان المبيع في الاستصناع
دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى راس
المال وهو ان كان دينا في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم
ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض
لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو
اما ان يكون راس المال قائما او لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه براس مال هو دين لا يجوز فكذا اذا آل
باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاق فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول
جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رح
وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام راس المال وهو يشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته
وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر
وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان
لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء
اطلق المائتين ابتداء او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا اطلق ثم جعل المائة من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروه
كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان البيع في الباقي صحيحا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو

نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود واذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق
والتقييد سواء الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا
فيبطل بالافتراق لما بينا انه البني عم نهى عن الكالي بالكالي وقد بقوله ما ثبة منهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره لو
شيوع الفساد لانها ليست مما فيه جعهما ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في
راس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها
فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل
القبض لا يجوز ولا باس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى فراس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرابحة وان
كان قيميا لا يجوز الا ثمن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتها ظاهرة وانما
خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية
جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال
شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حال البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها
بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه
بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا كان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف بط وهو
صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم
فلان يكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض هكذا اما
فان قيل اذا كان كذلك فوجب قبض راس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اي لان عقد
الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه فسخ في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في
الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة وان ثبت بالبينة وهو اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه
سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتامل يغني عن هذا السؤال لان راس المال اذا صار معقودا عليه
سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المص دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه
ولو ابرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس مال لوجب كان ادق على طريقة قوله في
اول كتاب البيوع يجوز باي لسان كان سوى العاربية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع
الكتائب قوله وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول راس المال بعد الاقالة صار دينا في
ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول قال
ومن اسلم في كر فلما حل الاجل رجل اسلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر
رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه
للمسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بايعه
والثانية صفقته مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل
الحديث على ما مر في فصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينت قوله
والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرى المسلم اليه من بايعه
فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشرى فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة
سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه منزل منزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع تعدد

بعد الشرا بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر
ففعل جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فلو لم يكن اعارة لزم تمليك الشي بجنسه نسيئة وهو ربوا ولهذا لا يلزم
التاجيل في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان وكذا لو
استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم رجل
اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غراير رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غايب ولم يكن له في غرايره طعام فانه
لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر اذ حقه في الدين لا في العين فلم يصح
الامر وصار المسلم اليه مستعيرا للغراير من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا
ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرايره الى البايع وقال له اجعلها فيها ففعل
والمشتري غايب صار قابضا لانه ملكه بالشرا لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البايع وكيلا عنه في امساك
الغراير فبقيت الغراير في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا يرى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره
بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشرا للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه
وفي الشرا من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره
ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البايع
غايب عنه في الكيل فان قيل البايع مسلم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع
في غراير المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روى
عن النبي عم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر
المشتري البايع ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا يصير الغراير في يده
لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البايع لان البيت
بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قال ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في
كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرايره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها
فلا يخلو البايع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة
الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المامور كفعل الامر ورد بانه لا يصلح نايبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا
واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه لرضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض
كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا
يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصلا بملك المستاجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين
والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر
لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور بجعله في الغراير متصرفا في ملك نفسه فلا يكون
فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسلم وهو استهلاك عند ابي ح فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن
المشتري فلا ينتقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر به قابضا
هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المص تسامح لانه حكم بكون الخلط عند مرضي به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون
مراده الدلالة بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه
قال ولا نم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع
وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم في كر حنطة

ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم يبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو
تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها يعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه
هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم
فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائما فلا يرد
ما قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة
ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظ
لا يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلفا المتعاقدان في صحة السلم متعنتا وهو
الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة
وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي ح وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا
اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر
فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على
الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر اقرب الى الصواب وفيه بحث لانا لا نم
ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسية وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه
اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عم البينة على المدعي واليمين على من
انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم
عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة
وذلك اقوى دليل ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى
فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه
لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي ح لانه يدعي الصحة
وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة قال وسنقرره من بعد يريد به ما يذكره بعده
بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد والمطابق ونقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له
اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان
قيل لا نم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول
للمسلم اليه وهو القياس اجاب المص بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز
عند الش واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف
وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالفهم بوجد عنده وضعا غير
صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه
وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله
وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف
الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي ح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على
الصحة ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد الزام

الزام لشرائط والاجل من شرائط السلم فلان اتفاقهما على العقد اقرار بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به والانكار
انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها يتنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة
واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة يدعي عقدا والمدعي للفساد يدعي عقدا آخر خلافه ووحدة العقد
عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته
تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض
فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف
معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المص عن الوحدة باللزوم
لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في
المضاربة تشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان
القول للمضارب فكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب
ان العذر المذكور كان مبنيا على امتناع ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت
بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف
يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سياتي فيكون النفي والاثبات وردا
على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه
قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب
جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد
من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده
لان المسلم اليه ربما ياتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن
ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة قال ولا يجوز
السلم في العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع
وفي الذي تتقارب آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما
يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معلوما لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت
بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن فيه ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز
السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال
وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني
انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم لازم
امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وح كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو
ينعكس الى قولنا كل ما ليس بناطق ليس بانسان وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه
فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للنوع المتقدمة ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين
او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فيتقي قال وان استصنع شيئا من ذلك
بغير اجل جاز الاستصناع وهو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه
جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست
وقمقمة وخفين اولا فان كان الثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم

وقد نهى رسول الله عم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب لها اجل اليه اشار قوله بغير اجل
وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في ساير الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير
والقياس يترك به كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهي فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا
في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة
مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا اثبت لكل واحد منهما الخيار
وجه الصحيح انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل
فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة يجوز في
الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا تدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه
فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا
اجيب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان
والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم
جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع
اجيب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه
نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو
كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان واجيب بان الاستصناع
شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه
بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية
ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين
كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذاك
اجارة وردت على العمل في عين المستاجر وههنا الاصل هو العين المستصنع للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من
حيث وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع
قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختيار
هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قوله وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد
الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط فيجبر على العمل لانه بايع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له
الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف
الخيط وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف الصرم وغيره ليصل الى
بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه فالعامي
لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بانه يجوز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع
مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب
بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولم يجب على كل احد من المسلمين في دار الاسلام على اقوال
جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في عيانه اجتهاد
جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكت

سكت لجهلها فان لها الخيار ولا يبطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرايض التي لا بد لاقامة الدين
بها وهنا ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة
الاستحسان بالاجماع قال بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه يكون سلما عند
ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل
الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره للفراغ
لا لتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير
سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرايط السلم المذكورة
لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة للاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان
اللفظ حقيقة فيه وهو محكم في العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان
كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح
ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل داخله في حيز الاحتمال واذا
كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به
ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت باية المداينة والسنة دون الاستصناع مسائل
منثورة اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم تذكر فاستدركت بذكرها ههنا قال ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا
شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه
يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر الجائي
بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عم نهى عن
امساكه وامر بقتله قلت كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي لا يجوز
بيع الكلب لقوله عم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل
وترك الحاق التاء بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك
لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا
ولنا ان النبي عم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص
من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع الكلب الصيد والماشية لا غير واجيب
بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية
عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال قضى رسول الله عم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر
لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد
الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال على جواز
بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا
لف ونشر فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك
لا يدل على ماليته عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس
بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب نبع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا يرى
انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الشافعي

بان الخنزير محرم العين شرعاً فيثبت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة بضرورة الخرز لاتدل على رفع الحرمة فيما عداها كما
لحم حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات
والعقارب والزنابير لانه لاينتفع بها قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره
ماروي عن ابرهيم انه قال روي عن النبي عم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي النسخ فانهم كانوا الفوا
اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا
للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن مايكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء
ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لايكون الا في المبايعة قوله ولانه نجاسة العين
جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم
التناول دون العين كالسرقين عندنا على مايجيء ولايجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز
يعني انه باطل وقد تقدم وقوعهما مبيعا وثمنا ومايترتب على ذلك في البيوع استدل بقوله عم ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي
لرسول الله عم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي عم يا ابا عامر ان
الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يارسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي عم يا ابا
عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لايجوز بين اهل
الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولايجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة
ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل مايكال ويوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع
بمنزلة اهل الاسلام واستدل المص على ذلك بقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى مايبقى به نفوسهم كالمسلمين ولايبقى الانفس الا بالطعام والشراب
والكسوة والسكنى ولايحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق
المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا
ان نتركهم ومايعتقدون ودل على ذلك قول عمر رضي الله تعالى عنه حين حضروا اليه وقال لهم ياهؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية
الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال لاتفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم
ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لايبيع
الا بالف وخمسمائة والمشتري لايرغب فيه الا بالف فجاء ثالث ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على
اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن ولم يقل من
الثمن جاز البيع بالف ولاشيء على الضامن والفرق بينهما ماذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن
جائزة عندنا ويلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع وهو كونه
عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لايستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها
فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لايدخل في ملك المراة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الاجنبي فهو لكن لابد
من تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح
واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضمان رشوة منه على البيع بما سميناه من المال والرشوة حرام لايلزم بالضمان واعترض
باوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت
المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لايجوز ان يجب على

الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والعكر القصا في اصل المسألة تغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا باس
بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان بغموض فهم اهل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان فضول
الثمن قد يستغني عن ان تقابل بالمال جزءا فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة
في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت
على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلايتوجه الطلب على المشتري
وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لابد وان يقابله شيء من المال فلايكون كالزيادة وح لايلزم من عدم
جوازه وجوبه على الغير عدم جواز مالايلزم وجوب شيء في مقابلته ووقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف
دون المضاف اليه وقيل لاخلاف في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل
اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لايعتقد اضافة الخمس بل الجر في المضاف اليه على حذف مضاف اي اي الخمس خمسمائة
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج
جاز النكاح لوجود سبب ولاية النكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف
في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج
يكون قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اي مجرد التزويج
قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان
التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا
فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقا العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء
على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير انهاء للمالية واتلاف
للملك ولهذا يثبت له الولاء من ضرورته ان يصير قابضا ومن اشترى عبدا فغاب المشتري رجل اشترى منقولا
فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة
دفعا للتهمة فاذا اقامها فلايخلو اما ان كانت الغيبة معروفة اولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى
حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار
البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده
فلو ادعى الملك كان مسموعا فلو اقر به لغيره كالمصالح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على
وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق بالمرهون يبيع في دينه اذا تعذر
الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة
البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب
ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه الاول ان اقامة البينة على الغائب لاتجوز بعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب
مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك
يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لايجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة
بينهما تحكم فالجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء واما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما
في يده وفي ذلك لايحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض
العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن
فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد رضي بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود

وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا
ان هذا ليس قضاء على الغايب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا
قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء تمسك المشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع
هو اي يتبع البايع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن
فاذا نقده اجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغايب فللحاضر ان يرجع
عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابح وم وقال ابو يوسف لا يجبر البايع على قبول نصيب
الغايب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر العبد
لم يرجع على الغايب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير
امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البايع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار
شيا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن لما ادى وان كان
ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالا
ضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب
ان الاضطرار في حال حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه
من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب احدهما
قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه
من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى
يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما يجيء **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال
ذهب وفضة رجل اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ووجب عليه من كل واحد منهما
خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع
الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المص بالجودة
او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد بها في
الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال
اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب
مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم وللعاقل
ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد **قال** ومن
له على آخر عشرة دراهم جياد ورجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابح وم وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة
كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن
رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابح وم
ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل
بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة
بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون ح هو الاصل والغرض انه من

من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين احدهما
ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون
على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له
عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمه انما هي للغرماء فكانه نقض الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه
وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل اذا افرخ طير في
ارض رجل ولم يعد بها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه
مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر
رجله في ارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس الستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس
وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا
يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه **قوله** وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك
بان حفر فيها البئر فيها او بغير ذلك مما بسطا ذكره كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق بها صيد
فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي يضمه الى نفسه او كان
مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض
بتاويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بارضه على وجه
القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين
من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخره عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما
للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا
العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من
المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فايدة اصلا فلا يكون مشروعا
وقد دل على مشروعيته **قوله** تعالى واحل الله البيع وقوله عم الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به
الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة
سميت العبادة النافلة صرفا قال عم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به
لكونه اداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا والافتراق بلا خيار ولا تاجيل واقسامه
ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر **قال** فان باع فضة بفضة فان باع
رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود
من الآخر او احسن صياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله عم
جيدها ورديها سواء وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع في باب الربوا حدث محمد في اول كتاب الصرف في الاصل عن
ابح عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني
به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق
فيقبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما ليخرج
العقد عن الكالي بالكالي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة فيما يتحقق الربوا **قوله** الكتاب فلا يتحقق

الربوا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله عم لا بد قوله ولان احدهما دليل آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى
بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا متعينين كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين
احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا وهو قوله عم الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيرهما قوله
ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ
ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة
فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة
شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين
كان بالنظر الى كونه خلقة ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زايدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون
النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص
مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو
مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه
وقصته ما روي عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال
النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب
واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين
جواب ما سئل عنه لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل المقصودة مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم
من تعليم الحيل وقد مشيا الى جهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض
راس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى
جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب
التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تع هاؤم اقرؤا
كتابيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل
قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا اصح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة
فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد القبض وما اجيب بان شرط الجواز يشترط مقارنا لحالة العقد من حيث
الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فجعلنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان
لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد
حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما يرى فيه من
التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل لا يصح شرط الخيار في
الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر لانه بالخيار
لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار
يتاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء
يفوت ذلك الشيء كذا قيل وكانه راجع الى ان في الاول استحقاق القبض فايت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فايت فلو
الا اذا اسقط في المجلس يعني منهما ان كان بالخيار لهما او من له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا
خلافا لزفر وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقد

وقد شرط الخيار لان خيار العيب والرؤية ثابتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت
الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض
مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة مسئلة ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض
المستحق بالعقد حقا لله تع اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا يتعين عينا
كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما
قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع
ولا بد فيه من مبيع وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى لكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من
وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه
مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء
اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير
اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب
ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل
واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما
فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر
مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله مسئلة ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله عم
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم مراده بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز
اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته
لان الفضل ح موهوم والموهوم في هذا الباب كالمحقق والنبي عم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما
اراد المماثلة في علم العاقدين ولم توجد فان وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع
العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف
التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب
ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما مسئلة ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها
في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي
عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة
لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة
بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب توفيقا للذمة كما اذا ترك سجدة صلبية و[illegible]
ثم اتى بسجدتي السهو وسلم تنصرف احدى سجدتي السهو الى الصلبية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه
الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز
في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع
من الثمن خمسين فاذا دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب
وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تع يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما من احدهما

نحمل عليه تقوية وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر او لا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول
قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان
كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص
بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وقوله وهذا اذا كانت الفضة
المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه
لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة مثلا ازيد من وزن الفضة
التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة
مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان يكون المفردة
اقل وهو اوضح والرابع ان لا يدرى مقدارهما وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا
لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدرى يجوز
في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة الفساد فترجحت
واعترض بان كل جهة منها علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري بان مراده انه اذا كان احدهما
يكفي للحكم فالحكم بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة بالحقيقة قال ومن
باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض
ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرطه في العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا
في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طاريا فلا يشيع لا يقال
على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد
تقدم معنى تمام الصفقة قال ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء رد لان الاناء يتعيب
بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بتغير صفقة فيتخير بخلاف صورة
الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض قال ومن باع قطعة نقرة المراد بالنقرة
قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او
فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف
الاناء قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة
والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة
يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير
تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل
واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة
ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن
بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال
بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرف الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض
فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون

التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز
الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة
بكريها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب
سلوكه ولئن منع تعينه لذلك لامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار
من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف
الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في
الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع
عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا
كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف وان كان في ذلك تغيير وصف
التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن
المسائل المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
ولا يخلو من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم ينبه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان يغير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في
وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى
المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع
الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا
وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء
وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان
فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم
لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا من حال البايع ارادة هذا النوع
من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ولو تبايعا فضة بفضة
ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون ما له قيمة او لا والاول اما ان تبلغ قيمته الفضة
او لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربوا وان كان
قيمته مبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة
او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يألف
الناس فيستعملوه في ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب
بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى
هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة تبين بها
بيع النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد
كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط
العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكه ما بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد
العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل

الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم
فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله
ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته
وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا اولا فان كان
الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو
قال زفر لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا
العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عم يدا بيد والدين
ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بعد العين والدين لان بدل الصرف واجب
التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لابد لهما من تصحيح ولا صحة لها
مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك
كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد
فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف وخمسمائة وفيه بحث من
اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى
الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي
بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ والثالث انه
لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول
ما اشار اليه المص بقوله وفي الاضافة الى الدين يعني المعهود تقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني
بان المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدا جديدا اقتضت
المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا تثبت بمثل هذه الاقالة حكم البيع
وزفر لم يقل بالاقتضاء لم توافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المص الاستدلال بحديث
ابن عمر وهو ما روي انه قال لرسول الله عم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانير او قال
بالعكس فقال عم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة
على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول والى مطلق فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر وان كان لاحدهما على صاحبه
دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا
ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المص في اصح الروايتين تقع
المقاصة وفي رواية ابي حفص اختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي
ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون
الدين حسابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف
ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى
هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد فيه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين
بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد
بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن
عدم المجانسة بين العين والدين السابق واما المجانسة ح سهوا وهذا الدين المقارن وهذا اوضح قال ويجوز

ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي القطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فيردها
بيت المال لا زيافة بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة
جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني
فلان المانع ان تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الردي
والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه متفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب
كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما ما
تحرم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا
في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة
فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدرى فالبيع فاسد وان كانت
اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم
فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض
شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف الجنس ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد
فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة واذا اشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز
عنه الا بضرورة وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التميز قال المص ومشايخنا يريد به علماء
النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف
ابن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو
ابيح التفاضل فيه اي لو افتي باباحته تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملة بها المعتاد فان
كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فيهما بالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليهما ثم هما ما دامت تروج يكون اثمانا لا تتعين بالتعيين
فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد منهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين
كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما
ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك
البلد الذي عليها معاملة الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق بجنسها من
الجياد لعدم الرضاء منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل
العقد عند ابي ح وقال ابو يوسف وح لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل
الناس بها والمص فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه
العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلدان لانه حينئذ
تصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كان لا تروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه
تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا
وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على اصلاحهم
في بيع الفلس بالفلس عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل

فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم
بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه
مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي ح ان الثمن يهلك
بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي
بيعا بلا ثمن وهو يبطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد
تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية
في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض
او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا وانقطاع الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه
فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك للثمنية على وجه
لا يرجى الوصول الى ثمنيتها ثاني الحال لان الكساد اصل والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن
المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا
فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي
الناس كذلك واليه اشار المص بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلت
بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان
وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه وانما قال
كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف والاشارة ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان
الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع
مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس
النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي ح بطل البيع خلافا لهما
قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف يخالف ما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان
البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى
السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض
بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل
كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا يظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور
لزفر يمنع لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله معتمدا ههنا يفضي الى التحكم
الا اذا اظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال واذا استقرض فلوسا فكسدت اي اذا استقرض
فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي ح لانه اي الاستقراض المثلي اعارة كما عارية قرض وموجب استقراض المثلي رد
عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه
حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز
فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه باقيا
اجاب المص بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست
عين القرض وهو ظ ولا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات
الامثال الا يرى ان الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات

الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية
اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما
قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي س يوم القبض وعند محمد
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي س ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي س يجب القيمة
يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي ح يجب رد المثل
وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي س يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم
الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي س ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة
للمقرض والمستقرض وساير الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من
الدرهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جار ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا
قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم
ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض
المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على
الدرهم جوزه ابو س بناء على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في
العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي س
لا سيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف ومن اعطى صيرفيا درهما هذه ثلث مسائل الاولى
ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع
في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة
وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس ابي ح بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين
حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي ح والثانية ان يعطي بلفظ الاعطاء
والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر
كما لو قال اعطني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشيع الفساد
لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام ان
العقد لا يصح فيهما ايضا وان كرر الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا يكرر البيع وهذا لان
بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد
بذكر المساومة فكيف تكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المص والثالثة ان يقول اعطني بنصف
درهم فلوسا في بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يذكر لفظ بنصفه
بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء
الفلوس قال المص في اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة
فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا
ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة
في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلها

وضامنا لمصالحهما وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبة مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظ واذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولانه يؤدي المال من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يتضرر به وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به تفريعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز لا تعنتا او عنادا قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعوض خاص فلا يسمى الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شايع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه صرح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يقوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما دري لما يدعي فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى

ذلك الموضع لان الظاهر يشاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان منكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على سقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهي القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او ياخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عم لاهله بالصدق وكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو المطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس نفى الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظ لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فللوارث ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره ليذكر الجزء وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في ساير الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرفات بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة يحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب

يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه
فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ايضا لحوق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن
كفالته اى كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب
بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت
نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله
من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة اى لان
المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه الى المطالب متبرعا نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن
الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط
والشافي وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف
به الى وقت كذا رجل قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في وقت المذكور ضمن
المال وافاه اى اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافاة
على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول
به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما دركك في هذه الجارية التي اشتريتها من زيد
صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم يعلم هل تبلغ النفس اولا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة
الكفالة وفيه خلاف الشافعي والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادائه ما يكفل به من المال بعد وجود الشرط
والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظ لتصريحه بذكر كلمة
الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة
بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت
وليس الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف يبطلها وقد يكون بدعيه مطالبا
لغرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له هو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال يثبت بدلا عن الكفالة
بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل
واحد منهما مشروع للتوثق كما ان الكفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب
بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه
البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز
فكذا ههنا والجواب انا لا نم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام
المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه
كما تقدم ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي
جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط
متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة
بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس
وقال ان لم اواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة

مسئلة الجامع الصغير لمى وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان كل منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها
ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة
بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى
بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذ اسقطت الاولى بالابراء فيجب ان تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت
لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف بط
واجاب الامام ظهير الدين في فوايده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من
كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق
به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال
لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس لتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة
اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذا تضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن
باحتمال الموت ولم يبين فان قيل ترك الاستيثاق ظنا منه ان بالموت ينفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما ترتب عليها
قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف فلا يفيده في اضرار غيره قال ومن ادعى على آخر مائة
دينار ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم يبينها حتى يكفل بنفسه رجل على انه ان
لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي ح وابي يو آخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم
ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما
ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة
بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم مالا آخر
على وجه الرشوة ليترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي
ان لا يصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المص والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس ولم تصح
الكفالة بالنفس فلا يصح ما بني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما
عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه
رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة
في مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما
لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في
مجلس القضا فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتدا
والمائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان
لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه
بان يحضره في مجلس القضا لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي ح وقال ابو يو ومحمد يجبر في
حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اى لان المغلب فيه
حق العبد على الخصوص لما عرف ان القصاص يشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر
بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستاذن
الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه وينظر حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلس في باب داره ويمنعه
من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل

به سواء اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى
لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس
يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل وللشافعي قوله عم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد وبين ما
هو خالص حق الله تع وقيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي عم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح
وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عم ولان مبنى الحدود والقصاص
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل
واجيب بان الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه
في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق
معنى الكفالة وهو ضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان
لا يحبس الحاكم في الحدود ومن وجب عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعي لانه يحتاج الى
حجة كاملة والتهمة يثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من
الديانات والديانات باحد شطريها وقد روي ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة
فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجبات
السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى
فيهما القتل والقطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعي بالحجة ينافي
الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله عم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب
عنه بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون
حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون
في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن امثاله مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا
للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي عم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن عم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة يخلي
للدرء وهذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما
لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص
عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية بعكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا
محالة والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسألة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل عن
الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك
الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في
الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة
فالملاك لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد
بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح يصح المطالبة به في الحيوة
والممات تصح به الكفالة بالاستيفاء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله يمكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانه تع

بعينه امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه وقيل في كلام المصنف لف
ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح
كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في
المطالبة بان يكون مطالبا باحضار المكفول عنه كما انه مطالب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد
برده لرجوعه الى التزام من له الطلب على الطلب وهو خلف بط والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثاني يزداد التوثق
وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا
صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححنا ما يزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن
زيادة هذا خلف بط وقال ابن ابي ليلى برئ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول
كان واجبا في موضعين وهو بنا على اصله ان الكفيل اذا كفل برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك
يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها براءة المحيل وذلك بط
ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ عن الكفالة
بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه
بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع
ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة توثقه وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها
وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح
مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة
بالشجة اي بشجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت لمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيل خطأ لانها
اذا كانت عمدا او قدرت وكانت بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا يصح وتمام ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد
به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو
الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه عن ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس
كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب على عبده شيء فيطالبه به
والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين وسمي الدين اصلا لان المطالبة مبنية
عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بنا على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة فيصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط
ان لا يبرأ المحيل يكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب
وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره احدهما بتضمينه التمليك اذا
قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الآخر اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك ويجوز تعليق الكفالة
بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل
ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن بلده او اذا مات ولم يدع شيئا وان حل مالك
عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان
اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تع ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عم علق
الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداه بامر يوسف عم وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا
قصها الله تع ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان

الحوالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا
التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له ومع تبطل الكفالة
والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي
للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة
وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل
لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى
لا يمنع الجواز اصلا والثانية يمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثاني يمنعه
مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال الله تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير
فلم يمنع مطلقا والثانية انما يمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي
وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه
مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى
يصح من غير قبوله كما لا يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة
جوازها كما ان الجهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا يمنع كما ان جهالة المعتق لا يمنع جواز
العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب
الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق تقتضي
نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح
فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل وليت شعري ما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة اذا لم يذكر ثالثا والاول لا يجوز
اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة الثالث
ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها
بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول
بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزؤه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة
ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاصل عارض
بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل
يصح المقدر وهو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث
بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف
لم تبطل بالاجارة الفاسدة كالطلاق والعتاق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال
تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه
وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فيصح الضمان به واذا لم يقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار
ما يعترف به لانه ينكر الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان
مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال
واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير
ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح
في حق غرماء ديون الصحة حيث يتقدمون على المقر له في حالة المرض قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة

الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو
قوله عليه السلام الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامر او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك
تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب
فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر
فاما بامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضاير فتبين ان الكفالة بنوعيها مما تحقق فيها المقتضي
مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره
بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه
اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره
ادّ عني زكوة مالي او اطعم عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على اني ضامن لان
المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداءه والمتبرع لا
يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل
واقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل
بامره بنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون الا عند كفالة
بغير امره وقوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها
هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن
وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز
له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له
الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملك ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى الميراث وهو ان يموت
المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما
ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني
ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من
الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما
ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح
لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه نوع من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه
وح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك
ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك
ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه
فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرتد بالرد والهبة
ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق تكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة
لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين لتصحيح
التملك والتمليك يرتد بالرد فكذا لو وهبت الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في
نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل

منزلة وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف
ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة
قيل يريد به حوالة كفالة المنتهي قوله بخلاف المامور بقضا الدين جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا
ادى بامر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المامور بقضا الديون والمامور يرجع بما ادى فكذلك الكفيل وتوجيهه
ان يقال المامور بقضا الديون لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالادا حتى ينزل منزلة
الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالادا فلا بد من اعتبار مما فلو ادى الزيوف عن الجياد وتجوز له ذلك
رجع بها دون الجياد لان المامور به لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى باطلاقه فيه
تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف
على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما ورا بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه
على ما نذكره والثاني ان يصالحه على جنس آخر وفيه يملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال وليس للكفيل ان
يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الادا فانتفى الموجب بخلاف
الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة
حكمية ولهذا اوجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لاجل الثمن كالبايع
والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال فان لوزم بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلازم المكفول
عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه
كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق الاصيل قبل الادا وقلنا
هو مورط فعليه الخلاص فاذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل وابرا الاصيل
يستلزم ابرا الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابرا فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظ ولا على الكفيل
لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتها علتها وقوله في الصحيح احتراز عن قول
بعض المشايخ لوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل
لا يوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا يكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط
الضمان عن الاصيل بالادا او الابرا فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل
ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل يوجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في
ابتدا الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتدا الكفالة لم يبق هناك كفيل بل انقلب اذ ذاك محالا عليه
ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرا الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة
دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقا الدين على الاصيل بدون الطلب
او بدون الكفيل جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل
فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابرا موقت لاسقاط المطالبة
الى غاية فيعتبر بالابرا المؤبد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان الكفيل لو رد الابرا
المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابرا ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابرا الموقت ارتد بالرد ووجب عليه ادا ما ضمنه
حالا والجواب ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا انتفى الاعتبار نعم يحتاج الى
ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الآخر وما ذكره ان الابرا المؤبد اسقاط محض في

حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابرا
الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل يجوز
ان يكون جواب دخل تقريره لا نم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل بالمال الحال مؤجلا
الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجهه ذلك انه ليس تاخيرا عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط الاجل
في ابتدا الكفالة ولم يكن ح حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد فتعين تاخيره
واذا كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة
فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب الدين
مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين يحتمل على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب
خاصة وبراءة الكفيل خاصة ولم يشترط شيئا من ذلك ففي الاول والآخر برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن
خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ
خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي
الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك
برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة
فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل
لانه ادى في هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين
فاخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته
اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من
غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل ليصير الدنانير بدلا من الدين ويكون
تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة
الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فبقي الدين
في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فبرئا عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة
اذا كفل بامره كما ذكرنا قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا ذكر ههنا ثلث مسائل يتعلق بالابراء احدها
ما ذكر فيه ابتدا البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة
بالعكس قال ولي ان يقول الكفيل ضمن له بامره مالا قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر
ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان بمنزلة
ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وصوابه اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من
الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل لرب
الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا
بالايفاء وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد هو مثل
ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالادا والبراءة بالابراء والثانية ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل
بالشك لجواز ان يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال سلمنا بحصول البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان
البراءة ان كانت بالادا رجع الكفيل وان كانت بالابرا لم يرجع فلا يرجع بالشك قال ابو يوسف هو مثل ان يقول برئت
الي لانه اقر براءة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل

تمت وتعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفا لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة وان لم يوجد
من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فانما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل يوخذ مع ابي يوسف في هذه المسئلة وكان المص اختاره
فافهم وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل
واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد
ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني
بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع اشتغاله لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل
وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابرأتك
فان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل الاوجه الثلثة استدلالي لا صريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل
عند العجز بالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته
على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره
ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي
وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن تهون هونا قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفيل
له بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في
سائر البراءات وربما لو كفل بالمال وبالنفس فقال ان وافيتك غدا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من
المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط
محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا ترتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف
ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان
الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق
الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة صحيح كالمسئلة المنقول
من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا يرى ان صاحب
الدين اذا قال عجل خمسمائة على اني ابرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية
عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا يصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان القرار او جز الرقبة
ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه
من الحد او القصاص لم يصح كفالة حيث لا يصح الكفالة لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الواجب
عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة
على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول
فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المنهمكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة
على النائب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني
كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يرو لاحد من اهل خلاف في جريانها في العقوبات
فيكون التشكيك تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن
عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان
المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا تضمن

كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون
بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها
اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم يصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا
بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي
بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز
في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته
عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون
بغيره كما مر ومنع الشافعي الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة
فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون
الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة يقتضي ان يكون المطلوب
مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليس كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمضمون المرهون بالدين
لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن
صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان
مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن
بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة
بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد
قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن
اذا كان بمقدار الدين او زايدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيهما وما كان امانة
فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم
لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل
بتسليمه الى المستاجر لمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مواخذ
بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا
بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المص ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم
جوازه واظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب
فقد نص محمد في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على
الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه
اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله ومن استاجر دابة للحمل عليها ان
من استاجر ابلا معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل
فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بان يحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح
قال المص لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على
دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت
بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح
جوابا للشافعي وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في المحل فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه

التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا استاجر عبدا بعينه للخدمة
فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس لا تصح
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال اخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط
في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة
والوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في اخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال وذكر
قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع
نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها
انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار عن واجب سابق
والاجارة يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف
على الاجازة ما ذكر في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه
لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب
كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد
الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد
فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبل عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه قال الا في مسئلة
واحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة
استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته
او لاجنبي لم تصح فكذا المريض والاستحسان وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي
من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان
جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال الشيخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت فتصح بمعنى
الوصية واذا كان في معناها لم يكن القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المص تسامح لانه في معنى الوصية لا انه
وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في
حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما اذا كان
لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى اخر ووجه لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في
الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه
من تفريغ المريض ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه
وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط
القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المص بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق
اي المريض يريد بقوله تكفل يعني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالة التي هو عليها فصار كالامر
بالنكاح يقول الرجل للامراة زوجي نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت
وظاهر قوله لا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر
بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال ولو قال
المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل
الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في

الحيوة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سوا ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح
بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته
فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بعرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من
الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الاخر من الاستحسان وهذا اختيار مع جهالة المكفول له
وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات
المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم يصح الكفالة عند ابي حنيفة وقالا هي صحيحة
وهو قول ائمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها فهي صحيحة
بالاتفاق فهذه صحيحة واما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة
الى الدنيا والاخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الاخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب
لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه ويفسخ بسبب الوجوب والمفروض عدم ذلك
كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس
بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان له كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت
لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه
بموته مفلسا لبطل العقد لمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين
باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل تقتضي القدرة انما يكون بنفسه او
بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفايدة الحاصلة منه
هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما
هو في الافعال فان قلت لزم في قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في
التقرير في باب صفة الحسن للمامور به وان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المص بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال
لان تحقق الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في
المال فكان وصفه تجاوزا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان
الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة
بين ذمة صالحة يوجب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اصلا للوجوب عليها وهذا التقرير
كما ترى يشير الى ان المص ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة ولو توجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت
بل هو ساقط وذكر استدل بقوله فان الدين هو الفعل كان احذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وبينه بهذه
النكتة واستغنى عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سياتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا لو تبرع به انسان
صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان علي الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد
الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قامه به عن المحلية واذا كان باقيا
في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الف وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البايع
فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري
فكذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا اذا بقي اذا كان له كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل
انما تعتبر القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفع القادر فخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق
قوله والافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر نسخ وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما

باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في كلامه لف ونشر وتقديره فخلفه وهو الكفيل او الافضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو
المال باق وعلى هذا اشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء
على وجه التعليق بقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذف لدلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت
بما عندك راض والرأي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف
بانه يجعل كفالة او الاصيل عند عدمه وبما كذلك فكانا خلفين وفيه ما يرى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل
ان استدلال الخصم باطلاق قوله عم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي عم اتي بجنازة انصاري
ليصلي عليه فقال عم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا على
صاحبكم فقام علي وابو قتادة على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله عم ولو لم يصح الكفالة عن الميت المفلس
لما صلى عم بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي ح عن ذلك فالجواب ان قوله عم الزعيم غارم يدل على ان الكفيل
يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي
او ابي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا
بالتبرع فنحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عم كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الان برد
عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان
الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة
والله اعلم **مسائل** ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف
قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا امن ان
ياخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع
الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به
حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له
ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل
الزكوة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا
ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه يتعلق بالمؤدى حق الطالب
والمطلوب يبطل ذلك بالاسترداد فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه محض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه
الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا
انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظ لانه قبض ما وجب له فيملكه
من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب
على الكفيل قال لكنه اخره وذلك لان الكفالة توجب شيئين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين
الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخر مطالبته بما وجب له على الكفيل عنه الى ما بعد الاداء ولهذا
لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى
الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام
قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم
من تصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل
ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب

للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلته لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه
صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل
والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه
من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وملكه ما قبض بمجرد ما له من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم
الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فانه له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه
لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وح لا منافاة بينه
وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ما
يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث
مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا
ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلت معناه
فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح لي والله
اعلم بالصواب الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين
نوع خبث على مذهب ابي ح نبينه في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع
في تو فصل احكام البيع الفاسد واما اذا اقتضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا اقبضه على وجه الرسالة
فالربح لا يطيب له في قول ابي ح و م لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يو يطيب لان الخراج بالضمان اصله المودع اذا
تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف **قال** ولو كانت الكفالة بكر حنطة ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا
كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة فقبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح
له في القضاء لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب في ذلك الحكم وهذا
رواية الجامع الصغير عن ابي ح وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يو
و م وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين
اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد
بين ان يتقرر وان لا يتقرر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبثا فان كان قاصرا يمكن فيه شبهة الخبث
واما لانه رضي به اي يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه
الخبث وهذا الخبث الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وبتقريره يمكن الخبث
مع الملك وكل خبث يكون مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه يتعين والخبث
سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل
الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان
غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه
على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي ح و م لا يطيب الربح
للكفيل وعند ابي يو يطيب **قال** ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق
العينة وفسره المص بان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة

في نيل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خسته فيفعل الكفيل ذلك فالشري واقع له والربح الذي رجحه
البايع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن
مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان المكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه
والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل
لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون
على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران
يصيبك فانا ضامن لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه بالنقد
باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم
والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسد
الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس
من صور للعينة صورة اخرى وهي ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب
الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث
الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن
شراء ما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صدر بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلعم بذلك
فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة قال
ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه • رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة
لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالته
ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ما ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة
بينهما واما مال يقضي به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاك وهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى
المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها
وتقييد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام
على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضي
او يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي الفا يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس
في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال يقضي
به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغايب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا يقبل البينة ومن اقام البينة ان
على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر والغايب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به
على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المصنف منها اثنين احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم
لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به او يقضي به فكانت الدعوى مطابقة للمدعي به فصحت وقبلت
البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب
لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن
ليس لك شيء لم يلتفت اليه والآخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها بغير امره مع القضاء على الغايب لا يجوز فكان الواجب
عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما



لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما
متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فيدعواه احدهما لا يقضي له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي
الا يرى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي
الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر ببينة ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
فلو حضر الغايب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغايب اذ
ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امره تعتمد قيام
الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء
فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى
على رجل انه كفل له عن فلان بكل ما له قبله ولم يفسره واقام على ذلك بينة وان له على الغايب الف درهم كانت له
قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما
ينتصب خصما عن الغايب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغايب وفي الكفالة اذا كان
بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن
على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على
فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامره يجوز فرقا آخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة
بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما
ادى على الاصيل فكذا اذا اثبت بالبينة وقال زفر لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظالم والمطلوب لا يظلم غيره
وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعم كمن اشترى شيئا واقر ان البايع باع ملك نفسه
ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض
بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك
عند محمد خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه
انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند
البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا ❀ ومن باع دارا وكفل رجل
بالدرك • ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع
فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البايع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه لان
الكفالة اما ان يكون مشروطة في البيع اولا فان كان الاول وهو شرط ملايم للعقد اذ الدرك يثبت بلا اشتراط كفالة والشرط
يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل وهو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو
باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل
التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض
ما يكون بغير رضى الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب
المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل ليسكن قلبه فصار كانه قال اشتر
هذه الدار ولا تبال فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع لا يصح دعواه بعد ذلك
وانما قال تنزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى ❀ ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم
شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير

والبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني او لم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا يكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعل انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكرنا في الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع واجرى البيع لشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال **فصل في الضمان** ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررناه ببطلان ذلك في التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز كذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول من علته وبطلانها ههنا انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما منفي في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لا بد ليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع منه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح هذا الضمان اما ان يصح بنصف شائع او بنصف هو نصف شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى بهذا ايضا لانعقا

لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا فعله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وانما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراد لا تعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى بهذا ايضا لانعقاد الاجماع الخ يجاب عنه بانه انما يلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا ثم ضمن احدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها يكون باتحاد الصفقة والغرض خلافه واستوضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك **قال** ومن ضمن عن خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز **اعلم** الضمان عن الخراج والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج **قيل** المراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقتسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق بين الخراج والزكوة **وذكر** المص فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك مال من فقير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك فالضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي ياخذها الظلمة في زماننا ظلما كالفتح فيه اختلاف المشايخ **قال** بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا **وقال** بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها **قال** فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع **قال** شمس الائمة هذا اذا امره لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون **واجيب** بان القسمة قد يجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان يقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه **وقال** بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على قسمة بالضم لا بالفتح وقد علمت ان القسمة بالفتح تجيء بمعنى القسم بلا مراء **وقال** بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتغاير او حصة منها اي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع **قيل** ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تع

من كان عدوًّا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المص الى ان الرواية بالواو على تقدير ان يكون العتقة حصة من
النوايب لان العتقة اذا كانت حصة منها فهو محل او وامّا اذا كانت من النوايب بعينها فهو محل الواو لما مرّ وقيل هي الحصة
الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينوبه بغير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه
يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلف المشايخ فيما كان بغير حق **قال** ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر
ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة
الى شهر وقال المقر له حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يو ان القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال
ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بمنع الاعتبار لان الاجل في الدين
عارض كما سيأتي ولابي يو انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا
بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير
المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول
للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق ولقائل
ان يقول هب انه لا دين عليه فيقربه البيان انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخيرها
الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام
المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا اثبت بطلت الكفالة وذلك من التناقض ما لا يخفى
والجواب ان المص ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في
الاستقصاء على ما يذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا منافاة
قوله ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له
بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون
بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت
مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة متنوعة كالناطق المتنوع لبعض الحيوان
وهذا اقصى ما يتصور في التفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول
قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله
ووقع في المتن والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يو فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبيهما
فمن الشارحين من حمل الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قال** ومن اشترى
جارية وكفل له بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل
بالثمن حتى يقضى له على البايع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان
بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا
فاعتقه بايع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب
على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يو في الامالي ان له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البايع لان
الضمان قد توجه على البايع ووجب للمشتري مطالبة فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فهو
القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المص بقوله بخلاف القضاء بالحرية
لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البايع وكفيله ان شاء وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل
اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب ساير الكتب تبركا باملاء ابي يو فان محمدا

محمدا اخذ ما املى ابو يو بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف
ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يو في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره
محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان
بط ذكر ههنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه بط ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق
والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع استعمالها
فانها تقع على الصك القديم الذي عند البايع وهو ملك البايع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا يصح
الكفالة به وقد وقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات
العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البايع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما في الحديث عهدة الرقيق
ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك
فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به واما الثالث فابو ح قال هو عبارة
عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده
المستحق او ح فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به بط وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم
المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل
بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا ح وابا يو كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان
خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز
قيل وعلى هذا ففي كلام المص نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان
المراد به الثمن مجازا لشهرة امره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضله هذا ما يدل عليه كلام المص
وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يو وم وهو تفسير
الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر ههنا اي في
الجامع الصغير انه بط ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي ح ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما
ذكره المص فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانا من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا ليناسب الوضع الطبع
قال اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما
لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة
لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا
فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما
فتفرقا في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة
لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون دين غير متصور
فلا يعارضه بل ترجح الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه
منها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا الآخر
قوله ولانه دليل آخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع
صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى
الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداءه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب

المودی یقول للواثق ادیته عنی بامری فیکون ذلک کادائی ولو ادیت بنفسی کان لی ان اجعل المودی عنک فان رجعت
علی وانا کفیل عنک فانا اجعله عنک فان رجع علیک لان ذلک الذی ادیته عنی فهو ادائی فی التقدیر ولو ادیت حقیقة رجعت
علیک ففی تقدیر ادائی کذلک والشریک الاخر یقول مثل ما قال فادی الی الدور ولم یکن فی الرجوع فایدة فجعلنا المودی عن نصیبه
خاصة الی تمام النصف لینقطع الدور وفیما زاد الزیادة علی النصف فانه لو رجع علی شریکه بذلک لم یکن لشریکه ان یرجع علیه
اذ لیس علی الشریک حکم الاصالة الا النصف فیفید الرجوع واذا کفل رجلان علی رجل بمال علی ان کل واحد منهما کفیل عن صاحبه
بکل المال وعن الاصیل کذلک فاجتمع علی کل واحد من الکفیلین کفالتان کفالة عن الاصیل وکفالة عن الکفیل وتعددت
المطالبة لکل واحد منهما مطالبة له علی الاصیل ولغو علی الکفیل وصح الکفالة عن الکفیل لان موجب الکفالة التزام
المطالبة وعلی الکفیل مطالبة فیصح الکفالة عن الکفیل کما تصح عن الاصیل وکما تصح حوالة المحتال علیه بما التزم علی الغیر
وهو معنی قوله ومعنی المسئلة فی الصحیح فکل شیء اداه احدهما رجع علی شریکه بنصفه قلیلا کان المودی او کثیرا لان ما ادی
احدهما وقع شایعا عنهما اذ الکل کفالة فلا ترجیح للبعض علی البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة فی النصف راجحة بعد
صورة المعارضة بینهما وبین الکفالة واذا وقع شایعا رجع علی شریکه بنصفه ولا یودی الی الدور لان قضیة الاستوا
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادی فلا ینتقض برجوع الاخر علیه بخلاف ما تقدم لان کل واحد منهما لم یلتزم الجمیع المال بحکم
الکفالة بل التزم نصف المال بشراه نفسه ونصفه بکفالته عن شریکه وجعل المودی عن الکفالة یودی الی الدور کما تقدم وا
قال فی الصحیح لیتاتی الفروع المبنیة علی ذلک فانه قال ثم یرجعان علی الاصیل لانهما ادیا عنه احدهما بنفسه والاخر بنایبه ولو
لم یکن کل منهما کفیلا عن الاصیل کان رجوعه علی من کفل عنه لا للاداء قال وان شاء یعنی من ادی منهما شیئا رجع بالجمیع علی المکفول عنه
لانه کفل عنه بجمیع المال بامره ولو کان احدهما کفیلا عن الکفیل فقط لم یکن له رجوع علی الاصیل وقال واذا ابرا رب المال احدهما
اخذ الاخر بالجمیع لان ابرا الکفیل لا یوجب براءة الاصیل فبقی المال کله علی الاصیل والاخر کفیل بکله علی ما بینا من قوله ان یکون
الکفالة بالکل عن الاصیل ولهذا یاخذه به وهو ظ (قال) واذا افترقا المتفاوضان فلاصحاب الدیون ان یاخذوا
ایهما شاؤا بجمیع الدین اذا افترق المتفاوضان وعلیهما دین فلاصحابه ان یاخذوا ایهما شاؤا بالجمیع ذلک فان ادی
احدهما شیئا لم یرجع علی شریکه بشیء حتی یزید المودی علی النصف فیرجع بالزیادة لانهما تنعقد علی الکفالة بما کان من ضمان
التجارة وح کان للغرماء ان یطالبوا ایهما شاؤا بجمیع الدین لان الکفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق
فلا یبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدین منه لیس له ان یرجع علی صاحبه حتی یودی اکثر من النصف لما
من الوجهین فی کفالة الرجلین (قال) واذا کوتب العبدان کتابة واحدة واذا کوتب العبدان کتابة واحدة
بان قال المولی کاتبتکما علی الف الی کذا وکل واحد منهما کفیل عن صاحبه صح ذلک استحسانا والقیاس بخلافه لانه شرط
فیه کفالة المکاتب فی الکفالة ببدل الکتابة وکل واحد منهما علی انفراده بط فعند الاجتماع اولی ان یکون باطلا اما بطلان
کفالة المکاتب فلان الکفالة تبرع والمکاتب لا یملکه واما بطلان الکفالة ببدل الکتابة فلما مر من انها تقتضی دینا
صحیحا وبدل الکتابة لیس کذلک ووجه الاستحسان ان یجعل کل واحد منهما اصیلا فی حق وجوب الالف علیه
ویکون عتقهما معلقا باداته ای باداء کل واحد منهما کانه قال لکل واحد منهما ان ادیت الالف فانت حر وهذا وان
یجعل کل واحد منهما کفیلا بالالف عن صاحبه کما سنذکره فی الکتاب فی هذا انما یستقیم اذا کانت الکتابة واحدة ولهذا
قید بها واما اذا اختلفت الکتابتان فان علق کل واحد منهما تعلق بمال علی حدة فتعذر تصحیحها بهذا الطریق واذا
عرف ذلک استواهما فی الوجوب علیهما لاستوائهما فی العلة اعنی الکتابة فکان کل البدل مضمونا علی کل واحد منهما ولهذا
لا یعتق واحد منهما ما لم یود جمیع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه علی صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالکل لم یرجع شی
انتفی المساواة ولو لم یودیا شیئا حتی اعتق المولی احدهما صح العتق لمصادفة العتق ملکه وبری المعتق عن النصف لانه

والمرسل فی هذا الموضع لیس بقاض وقول القاضی فی غیر موضع قضائه کقول واحد من الرعایا (قال) ویجب ان یقرأ الکتاب
علیهم لیعرفوا ما فیه شرط ابو ح و م علم ما فی الکتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا یجب ان یقرأ الکاتب کتابه علیهم
لیعرفوا ما فیه او یعلمهم به لانهم ان لم یعلموا ما فیه کانت شهادتهم بلا علم وهی باطلة قال الله تع الا من شهد بالحق وهم یعلمون
ویختم بحضرتهم ویسلمه الی الشهود کیلا یتوهم التغییر اذا کان بغیر ختم او بید الخصم وهذا قولهما وقال ابو یوسف انه یدفع
الکتاب الی الطالب وهو المدعی ویدفع الیهم کتابا آخر غیر مختوم لیکون معهم معاونة علی حفظهم فان فات شیء من الامور
المذکورة لا یقبل الکتاب عندهما وقال ابو یوسف آخرا شیء من ذلک لیس بشرط بل اذا شهدوا عند القاضی ان هذا کتابه وخاتمه فشهدوا
علی الکتاب والختم عند القاضی المکتوب الیه کان کافیا وعنه ان الختم لیس بشرط ایضا سهل لما ابتلی بالقضاء وانما قال
نفس الان قوله الاول مثل قول الح و م واختار شمس الائمة السرخسی قول ابی یوسف تیسیرا علی الناس (قال) واذا
وصل الی القاضی لم یقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بیان الاحکام المتعلقة بجانب القاضی الکاتب شرع فی بیان
المتعلقة بجانب المکتوب الیه فاذا وصل الکتاب الیه لم یقبله الا بحضرة الخصم لان ذلک بمنزلة اداء الشهادة وذلک
لا یکون الا بحضرة الخصم فکذلک هذا بخلاف سماع القاضی الکاتب فانه جائز بغیبة الخصم لان سماعه لیس للحکم بل للنقل
فکان جایزا وان کان بغیبته وقال فی شرح الاقطع قال ابو یوسف یقبل من غیر حضور الخصم لان الکتاب یختص بالمکتوب الیه
فکان له ان یقبله والحکم بعد ذلک یقع بما علمه من الکتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحکم به (قال) فاذا سلمه الشهود
الیه اذا سلم الشهود الکتاب الی المکتوب الیه نظر الی ختمه فاذا شهدوا ان هذا کتاب فلان القاضی سلمه الینا فی مجلس حکمه
وقراه علینا وختمه فتحه القاضی وقراه علی الخصم والزمه بما فیه عند ابی ح و م وقال ابو یوسف اذا شهدوا انه کتاب
فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم یشترط شیئا من ذلک ولم یشترط فی القدوری ظهور العدالة للفتح حیث لم یقل فاذا شهدوا
وعدلوا قال المص انه نقض الکتاب ای یفتحه بعد العدالة کذا ذکر الخصاف لانه اذا لم یظهر العدالة ربما احتاج المدعی الی
ان یزید فی شهوده وانما یمکنهم اداء الشهادة بعد قیام الختم لیشهدوا ان هذا کتاب فلان القاضی وختمه فاما اذا
فک الخاتم فلا یمکنهم ذلک وهذا یری انه دور ظاهر فان المدعی انما یحتاج الی زیادة الشهود اذا کانت العدالة شرطا
فکما ادوا الشهادة جاز فضها فلا یحتاج الی زیادة شهود واجیب ان الامام انه لا یحتاج الی زیادة الشهود بعد الفتح
بل یحتاج الیها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة علی الختم وذلک بعد الختم غیر ممکن وقد استدل علی ذلک بان فک
الخاتم نوع عمل بالکتاب والکتاب ما یعمل به ما لم یظهر عدالة الشهود علی الکتاب فینبغی لان فک الخاتم عمل بالکتاب
لا به ولعل الاصح ما قال محمد من تجویز الفتح عند شهادة الشهود بالکتاب والختم من غیر تعرض لعدالة الشهود کما نقله
الصدر الشهید فی المغنی والمکتوب الیه انما یقبل الکتاب اذا کان الکاتب علی القضاء حتی لو مات او عزل او خرج عن اهلیة
القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولی وهو عدل ثم فسق علی ما مر من قول بعض المشایخ قبل وصول الکتاب او بعد الوصول
قبل القراءة بطل الکتاب وقال ابو یوسف فی الامالی یعمل به وهو قول الشافعی لان کتاب القاضی الی القاضی بمنزلة الشهادة علی الشهادة
لانه بکتابه ینقل شهادة الذین شهدوا عنده بالحق الی المکتوب الیه والنقل قد تم بالکتابة فکان بمنزلة شهود الفروع اذا
ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه لا یمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الکاتب وان کان ناقلا الا ان
هذا النقل له حکم القضاء بدلیل انه لا یصح الا من القاضی ولم یشترط فیه العدد ولفظ الشهادة ووجب علی الکاتب هذا النقل
لسماع البینة وما وجب علی القاضی لسماع البینة قضاء لکنه غیر تام لان تمامه یوجب القضاء علی المکتوب الیه ولا یجب
علیه قبل وصوله الیه وقبل قراءته علیه فبطل کما فی سایر الاقضیة اذا مات القاضی قبل اتمامها واستدل المص بقوله لانه التحق
بواحد من الرعایا ولهذا لا یقبل اخبار قاض آخر فی غیر عمله وفی غیر عملهما وهو ظ فیما اذا عزل اما فی الموت او الخروج عن الاهلیة
فلیس بظ لان المیت والمجنون لا یلتحق بواحد من الرعایا ویمکن ان یقال یعلم ذلک بالاولی وذلک لانه اذا کان حیا

لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة
مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى
غير موضعها واذا العتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان
مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر
واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفرقة الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى
على الخصوص برئ باداء عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما
ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا
بقي النصف على الآخر فللمولى ان يأخذه ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة قيل اخذ المعتق
بالكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك
الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان
اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخر لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع شيء يقتضي
تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قال** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه
قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد في الجامع الصغير وهي قوله محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال
الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر
الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا
فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به للحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد واما عبارته في الكتاب فموقوله ومن ضمن عن
عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا تحتاج الى شيء لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاك وكذبه
المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه
لا يؤاخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدار التسليم للكفيل فتصح
كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي او المعسر واما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب
وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين
بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها
تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق
فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه
متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر اي امر بوجوب التأخر وهو التأجيل لا المانع يمنع عن المطالبة
بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه
قال ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان بموته
يبرأ الكفيل ببراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي
اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه
يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل
وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد

وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال
الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب
اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل واحد
فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء
من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه
لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه اذا ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس
ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية
فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي القبول سعي في اثباتهما **فصل آخر**
قال الشيخ لما قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل
مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل الاجتهاد
وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك
لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس
وهذا فصل آخر **قال** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء
الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل القضاء
في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل الخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما
وشهادتها كذلك كما يجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء معذورا بغيره الا ان
يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء
بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط
افتتاح الجمعة فلو افتتح اول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح
واعترض بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما
صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وارى ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلوة
اولى فتامل قوله ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن اذن بالجمعة
مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف
وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة
فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز قوله لانه حضره رأي الاول
يصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده
على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فيجيء
في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان
البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي فكان رضا الخليفة بتوكيله

قدفات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله واما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا اثبت الملك له باقرار
ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا
اقر الكفيل بما اقر به الاصيل **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فلا يخلو اما ان
يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صحت
كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء
كانت بالنفس او المال مديونا كان العبد او غير مديون فاذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه او ادى
المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق
والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا
لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا ينقلب موجبة ابدا
كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء لذلك ونوقض بان الراهن
اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على
مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا
لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب
بمال الكتابة يكفل به حر او عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه
ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس
بقوله تع فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما يثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة
الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كانت غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يكن
للكفالة فايدة بل هزوا ولعبا وقوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة
وتقريره ان الكفالة بيان صحت فلا يخ اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط
بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فظ لان الاصيل
بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان
من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على
الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق
غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه
سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائه عليها او لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم
جواز الكفالة به للمولى على قول ابي ح لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم
قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه
بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كسائر الديون

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيهما التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للاخرى اذا
اشترط موجب احديهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه أخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقب الكفالة
فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركيبها دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء

الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا احكامها
وانواعها **قال** وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فدل عليه النقل والعقل
اما الاول فما روى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة
ان رسول الله عم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث
باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع
بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظ
وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين
لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي
في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوسا
فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قال** وتصح برضى
المحيل والمحال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من
رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط
وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه
بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا
لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام واما
رضى المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بان ذوي المروآت قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر
في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه
لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فايدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل
لعل موضع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها ح يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن
المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد يكون ابتداؤها عن المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احالة
وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء
الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قصر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين
بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي **قال** واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها
وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به ما رضي من رضاه
شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه المشايخ فان منهم من ذهب الى انها
توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك
ذكر محمد احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة
لا يصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول
الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو
انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء ح يكون
تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد المال للمحتال يجبر المحتال على القبول ولو
انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والا

هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر في الراهن اذا احال
المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترده كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا
ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف لا يصح لبرائته بالحوالة وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة
لا غير لا يقال كما ذكره المص يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان بقاء الدين بلا
مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممنوع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر لا يبرأ لان الحوالة
كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك الكفالة كالحوالة لما
ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو
اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة
لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض
بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها
فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شئ قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا
ان كل واحد منهما عقد يوثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء البسوطة
سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة نزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله
وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل
الدين من المحيل وصار اجنبيا فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر المحال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت
الموانع من المحال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر على الطالب على القبول وتقرير
الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا
ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال
بشئ الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع
على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتايد بما روي
عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله
فابعده بمجرد احتياله ولم يجز الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا ينافي
الجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا
بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب
وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلب فاذا فات
الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل
القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا اشارة
الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله او تنفسخ الحوالة لفواته اي لفوات المقصود وهو
السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة تنفسخ وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا
وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة اخرى
منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمص جمع بين طريقي المشايخ واستحكم قوله فصار كوصف
السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان انه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين
على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان

ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأباها فيبقى حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين
عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا اعتق
عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب ان قوله اذا اختار
احدهما تعين عليه اما ان يريد شيئين احدهما اصل والآخر خلف عنه او كل منهما اصل فان كان الثاني فليست مما نحن فيه فقياسه
عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى
الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة التواء الحق الى وصف مقتضى ثبوته فاسدة في
الوضع والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال
عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه لا يقدر على مطالبته واما يموت مفلسا لان العجز عن
الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة متعلق بها
الحق فسقط عن المحال عليه ويثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط
فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته
وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد
حصل بهما لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال ابو حنيفة العجز من ذلك عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال
الله غاد ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه
ذكر في المبسوط والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال افلس الرجل اذا صار
ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة
واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال
المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره
الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل
لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد يكون بدونه اي الحوالة قد يكون بدون الدين
على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه ومع ذلك يكون التعيين بالدين تعيينا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله فقال انما
احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين و
دعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه تلك
دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر ومن اودع
رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة
بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة
وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل
على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف
حالة فانها يكون على المحال عليه كذلك لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والغرض انها كانت
على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء كما يفعل به ما تقدم في الكفالة
والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان الالف يكون على المحال عليه الى ذلك
الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه لآخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة

المقيدة بالعين الذي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر على القضا دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الادا منها يتحقق من عين حق المحيل وح لا يصعب عليه الادا فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا يحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضا كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان يكون جائزة بالعين احدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شي عليه لتقيدها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه التزم الادا الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرئ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه والى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك احال المديون الطالب على مديونه بالف على ان يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا او بالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعد لانه تعلق به حق المحال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوافي حقه مما للمحيل عليه او بيده متعلق به حق استيفا واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع وغيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرما اشارة الى حكم آخر بخلاف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقا حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة ان كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحال اسوة للغرما بعد موته خلافا لزفر وهو القياس لان دين غرما المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا عن هذا المال ولهما انه لا يكون له ان ياخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرما انما تعلق في مرضه فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرما واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت فصل ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التا فارسي معرب اصله سفته يقال للشي المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم يكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانهما معاملة ايضا في الديون

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا عليه السلام قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال ولا يصح ولاية القاضي لا يصح ولاية القاضي يجمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم او اكمل من ولاية الشهادة او مترتبة عليها كانت اولى باشتراطها وربما لوح المص بقوله يستقى استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي للقاضي ان يقبل شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي عم بالخيرية الى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الرا وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي قوله وهذا اشارة ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب روى عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلى الرازي صاحب الجصاص ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك الى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر بقوله وعن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده وقيل هذا بنا على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده ولا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقا العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتدا بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتدا والعزل بالفسق الطاري والجواب يوجد من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله عم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام والامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار واجازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على اشتراط صحة التولية لوقوعه في سياق النفي لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيا من اقوال الفقهاء وهو المناسب

لسياق الكلام وهو قوله خلافاً للشافعي فانه علل له بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون
الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول يعني
الظاهر قوله انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد
نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل في مسند علي قال انفذني رسول الله عم الى اليمن
وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم بالقضاء فقال ان الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك
فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رض لم يكن من اهل الاجتهاد نعم
ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انساناً عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد
عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالاً فان بيانه تفصيلاً موضعه اصول الفقه
وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه
له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين يتدبر وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما
ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها
الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سبباً له من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليهما مخالفاً للقياس
كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو
فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء عليهم السلام قال الله تع يا داود انا جعلناك خليفة في الارض
فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا عم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا
الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امراً بالمعروف ونهياً عن المنكر
واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجباً فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها واجيب
بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به بأس قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن اداء
فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه شرطاً اي وسيلة الى مباشرة
القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشوة
وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بعقد زعمين مثل ان يقول لي على فلان او له علي مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا
وكره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا
بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا
حنيفة دعي الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي
فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب قال ارايت لو امرت ان اعبر
البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا محمد دعي الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل
المص على ذلك بقوله عم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر صدر الشهيد في ادب
القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير السكين
يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك
وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا
روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يستوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر
من تحت ذقنه اذا عطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه ثم قال المص والصحيح ان الدخول فيه رخصة

طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال الترك عزيمة لانه قد
يخطي ظنه فيما اجتهد ولا توفق له اذا كان مجتهدا او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة
السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم
لدينه لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفاء به او لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد
غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فح يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم
واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد
منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا
في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تع قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من صلح للقضاء
ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك من قوله من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس
امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فهمه وورعه وذكاءه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يستعمل الا بطلب
مال لو ما لم يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب لا كراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على
الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقليد تفريع على مسئلة القدوري بين انه لا فرق في جواز التقليد
لاهله بين ان يكون المولى عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة تقلدوا القضاء
من معاوية وكان الحق مع علي في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الروافض
ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان وليس الامر كما قالوا لان الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه
الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه
من القضاء لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فايدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم ديوان القاضي
الذي قبله من تولى القضاء بعد عزل غيره يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرايط التي فيها السجلات وغيرها
من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرايط ليكون حجة عند
الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكر والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكر
ثم البياض الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يخلو عن امور ثلثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال
القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اياه ظ وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله
وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احترازا عما قال
بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما
ما ذكر لما ذكر قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسليم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي
فيقبضان بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولى وهذا لان
السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرايط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له
عهد بذلك فان ترك مجتمعة يشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة ويتعسر عليه ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول
لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك ختما على ذلك احترازا عن
الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني
بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها وقوله
شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألان اي يسألان شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول

والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله يثبت حسابه بابا بابا (ونظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتي باساميهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقوله المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولي الواجد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسال عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم يقم او لم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا اجلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يؤدي الى حق ابطال الغير بجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لاح في اخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما يجيء ان في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح اذا اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب على شيء فادعى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (ونظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة (ولا تقبل قول المعزول فيه) لما مر (الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله) قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه بيده للحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا ابدا ذو اليد بالاقرار لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول يسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسألة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحده كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه بشيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان بن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقراره لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا ويسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهته ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان الخ فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي اتلف المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده او لا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يصح في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالملاك حقه باقراره لغيره في وقت سمع منه ذلك (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا

جلوسا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروي عن ابي حنيفة انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق للناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصومة زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل لك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول ذكره الشافعي ولنا ما روي انه عليه السلام قال انما بنيت المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة قوله ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي عليه السلام كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شيء والحائض يخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل يجوز ان يكون الحائض غير مسلمة لا يعتقد حرمة الدخول في المسجد فيخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها ولو جلس القاضي داره لا باس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس بالدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم) الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جواب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله عليه السلام استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ا يهدى له او لا واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فينظر ا تهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي رده معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون له خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني كذلك لانه اكل بالقضاء فتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد قال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله يقدر ما زاد في المال لا باس بقبوله ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضعه في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان يكون عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي لو علم المضيف ان القاضي لا يحضر ما لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوز الهدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما

يضعها صح

دعوة ولا مهاداة قبل القضا وانما حدث بعده وما ذكر في الهداية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضا صلة
للرحم وذكر صدر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة
لانه يؤدي الى ايذا الخصم الآخر او الى التهمة قال ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان
ذلك من حقوق المسلم قال عم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب قال سمعت رسول الله عم يقول للمسلم
على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا
مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف
احد الخصمين لانه عم نهى عن ذلك روى عن علي انه قال نهانا رسول الله عم ان يضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه
ولان الضيافة والخلوة يورث التهمة قال واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما
من ولاه والآخر فقيرا او كانا واليا يسوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد
كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم
رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد
على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه
وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة
قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم احد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا براسه ولا بحاجبه ولا يلقنه
حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الآخر فيتجه عن طلب حقه فيتركه وفيه
اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع
الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من
الجلول وهي المنع يكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال
ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول
اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة
في غير موضع التهمة لان القضا مشروع لاحيا حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين
احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة
ويشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأه الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتاخر قول ابي يوسف يشير الى اختياره المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضا ويتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو
بقوله تع او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة خلا انه
لم يكن في زمان النبي عم وابي بكر وعمر وعثمان سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي احدث
السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال
الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من ادا حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الادا وخلاف ان يجبر
بالضرب فيكون بالحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي فطلب حبس غريمه واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه فلا يخ اما ثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان حجته ان ظننت انك تمهلني فلم
استصحب المال فان ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت بظهور

المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له العذر
ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في
حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة
مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت
تصير مقاما بغيره وفي الخروج يفوت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليسا في هذا القدر
من الخروج كثير بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضا الدين وبالمرض يزداد الضجر
وان لم يكن له خادم اخرج لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه
زوجته وجاريته فيطاهما حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطي ليس من
اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضا الدين ويمنعون من
طول المكث قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن ادا ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك
كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشائخ في قبول دعواه فقال بعضهم
كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين
لزمه بدلا عما حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل
المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل
يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه
ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم
المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش
الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الآن يثبت المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه
وروي عن الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان
الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وكان
القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شيء
في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه
لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم تعرف قدرته على القضا فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة
قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخوان
يحكم الزي ان كان زي الفقرا كان القول له وان كان زي الاغنيا كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف
كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون بالزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون فيهم دليل اليسار وقوله
وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وارادت
نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين
اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان محفوظتان يؤيدان القولين الاخيرين
اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح و
الاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي
كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم
ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين

نصرة للمذكور فيه وبعسره انه اى النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا اسقط بالموت
بالانفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالاداء من له او بابراء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابى ح رح
لا يرد نقضا على ما فى الكتاب هو قوله حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال لو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل
الاستدلال على القدرة لانه اذ علم انه لا يحصل الخلاص منه فى حيوته ومماته من جهة الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه
ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلثة ثم
يسأل جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل فى الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه
فلا بد من مدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ويروى غير التقدير بشهرين وثلثة شهر وهو اختيار الطحاوى لانه ما دونه عاجل والشهر
آجل قال شمس الائمة الحلوانى هو اوفق الاقاويل فى هذا الباب وروى الحسن عن ابى ح اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح
ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راى القاضى لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة
ومنهم من لا يضجر كثيرا فيعتبر مقدار تلك المدة التى يضجر الآخر فان وقع فى رايه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له
ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة الى لفظة
الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب
الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفى لان
الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفى وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعلم
انه معدم حلفه القاضى فان نكل اطلقه وان حلف ابد حبسه وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال
المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة باعسار شهادة بالنفى وهى ليست بحجة فللقاضى ان يعمل برايه ولكن لو
سأل كان احوط فيعمل محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك ويقدر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم
يقبل فيما اذا انكر المشترى جوار الشفيع وانكر ملكه فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا
فى هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على
اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك
لكون قدر الدين معلوما فى نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شىء معلوم لان القليل والكثير فى استحقاق الشفعة
سواء فوضح الفرق بينهما فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى
برايه او بعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة
الى الميسرة بقوله تع وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعد
مضى مدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا فى
نسخ ادب القاضى وقالوا واذا ثبت اعساره لخرج من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شىء من ذلك ولو قامت البينة
على افلاسه قبل مضى المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد كذلك شاهدان انه مفلس معدم لا يعلم له مالا سوى كسوته
التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان يقبل فى رواية ولا يقبل فى رواية الاصل وعليها
عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يحبسه وبه كان يفتى الشيخ الجليل ابو بكر
محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد ابن ابى ح وفى اخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى
هذه البينة لانها على النفى فلا يقبل الا اذا تايدت بمؤيد وهو الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد
تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال فى الكتاب اى القدورى خلى سبيله
ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس فى الملازمة بل للطالب ذلك

ذلك ما لا وسنذكره فى باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تع وذكر فى الجامع الصغير رجل اقر عند القاضى بدين فانه
يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر فى اول الفصل ان الحق
اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكره المص وتاويله بقوله ومراده اى مراد محمد اذا اقر عند غير
القاضى او عنده مرة قبل ذلك وظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان يكون معتمد شمس الائمة السرخسى فيما نقل عنه من
العكس كما تقدم فى اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قوله والحبس اولا
يعنى المذكور فى الجامع الصغير من الحبس لا وجه ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بينا لتحتاج الى ذكره لها فلا نعيده
ويحبس الرجل فى نفقة زوجته اذا فرض القاضى على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت
الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد فى دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد
والقصاص قال الله تع فلا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه
لان فيه احياء ولده وفى تركه سعى فى هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة يسقط بمضى
الزمان فلا يمكن تداركها وساير الديون لم يسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان
حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا المديون مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع
المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب فى حق الكسب بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكفالة
لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس فى غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب
التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة

باب كتاب القاضى الى القاضى

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجل يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل
الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى
الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم الا انه جوز لحاجة
الناس لما روى ان عليا جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق يقبل
كتاب القاضى الى القاضى فى حقوق يثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به عند المكتوب اليه
للحاجة فهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمى وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير
الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغايب فالمراد به كل من
يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد
الحكم وان كان الثانى لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو
الكتاب الحكمى والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رايه او خالفه
لاتصال الحكم به واما الثانى فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة
فى الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهى ان يكون من معلوم الى معلوم فى معلوم لمعلوم على معلوم سنذكرها
ما عدا ما شاء الله تع قوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة
على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق
العباد فكذا جواز الكتاب لذلك لا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فالمراد به الاتحاد فى مناط الاستحسان
وقوله يعنى قول القدورى فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة
لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اى الدين يعرف بالوصف
يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الا

لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى
الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في البيع فكانت بمنزلة
الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكر
وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا يرى ان الاشارة الى الدين والمديون
لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد
وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند الشيخين ره ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن
ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون الامة فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس
الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في
موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشرح ادب القاضي وصفة ذلك بخارى ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي
وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده يحتاج الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان
بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين
ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه
فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ
كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى
ويشهد شاهدان على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة
شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك بما ثبت عنده ليبرئ
كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارا لا يقضي للمدعي العبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا اخر الى قاضي سمرقند
فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل
الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى
المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان
فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان
الحلية والصفة تشتبهان فان المخلوقين قد يتفقان في الحلى والصفة فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع
ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين
لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما
قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق
وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المص بقوله بخلاف كتاب
الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول من غير بينة حتى لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام
رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا يرى
انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله بخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول
القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع
فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود
الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب
والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام الرسل والمرسل

بتولية القاضي معتدا به قوله فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له ان يولي غيره
فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له
واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت
واقتصر على ذلك كان امره بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان امره بهما
وكانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة
هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة وقيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما
مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان اوان وجوب
الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي
راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد
والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع
الفساد في القضاء اكثر قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على
فلان القاضي بكذا وكذا نفذه وان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل مطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة
الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناه في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم
ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط
الدين عمن عليه لتاخر المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء
فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف
الفقهاء فيه فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احدهما انه قيد بالفقهاء اشارة
الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في
الذخيرة والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا
لرايه او مخالفا فانه اذا انفذه وهو مخالف لرايه ففيما يوافقه اولى ورواية القدوري ساكتة عن القيدين جميعا
والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ
ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض
بما دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على راي المجتهد فكيف يصلح
الفرع مرجحا لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث ثبوته او مطلقا والثاني ممنوع
فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ الشيء المساوي للشيء
في القوة لا يرفع ما يساويه فيما مع شيء اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر انه لما شغله اشتغال
المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المؤمنين
فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هنا نص لقضيت
لك ولكن هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة ره وان
كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضا بطريق الاولى انه ليس بخطا بيقين لكونه
مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كما في المجتهد ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه وقال
ابو يوسف ومحمد لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده فيعمل بزعمه قال المص وعليه الفتوى قال

ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكرنا ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم
المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر
لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف
المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني
لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من
مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك
نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجمع عليه الجمهور اى
جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه
الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المص هذا على ما اذا كان الواحد المخالف
ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رض جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه
فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع
بدونه كقول ابن عباس رض اشتراط حجب الام من الثلث بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد
الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المص ولا يحمل على
قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة
والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برايه بما يخالف راى من تقدم عليه من
الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير بذلك كان له ان ينقضه وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر
بتحريم • كلما قضى القاضي بتحريم في الظاهر اى فيما بيننا فهو باطن اى عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال
لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسئلة
قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امراة نكاحا وانكرت فاقام
عليها شاهدي زور فقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطئها وحل للمراة التمكين منه على قول ابي ح وهو قول
ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا ادعى
بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البايع
مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح
بحضور من يصلح شاهدا فيه بالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل مما يتغابن الناس او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة
شرط لانشاء النكاح قصدا او الانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة
وهكذا يملكه العبد الماذون والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت
النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير
منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى
احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطئها ومنها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة
حل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا

ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول
فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه
وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الآخر يحل وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها
الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم ولا يقضي القاضي على غائب القضاء
على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر
في البلد جاز والا لا يصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود
الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع
المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة
قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان
قال قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على
الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا للظلم ان اراد بسكوته توقيف
حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود حكما
فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار
لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا
وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب استماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير
مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فاجاب بان النزاع
في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم
الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يعرف قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن
وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد قوله ولانه يحتمل الاقرار دليل آخر على المطلوب
والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه في وجه القضاء والاعمال الثاني ومعناه ان الشان يحتمل
الاقرار والانكار ووجوه القضاء محتملهما من الخصم فيشتبه على الحكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزايد المتصل والمنفصل
وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل بالبينة فانه لم ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة
فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على
بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان
استدل الخصم بقوله عم البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت
يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غايب اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على من ادعى شيئا فعليه اقامة
البينة وسوى كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان
القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغايب اولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عم لعلي رض
حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي

ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم
المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر
لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف
المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني
لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من
مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك
نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالاجماع ما اجتمع عليه الجمهور اي
جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه
الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف
ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه
فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع
بدونه كقول ابن عباس في اشتراط حجب الام من الثلث بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد
الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على
قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة
والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برايه بما يخالف راي من تقدم عليه من
الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير بذلك كان له ان ينقضه وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر
بتحريمه كما قضى القاضي بتحريم في الظاهر اي فيما بيننا فهو باطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال
لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسئلة
قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام
عليها شاهدي زور فقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا قضى
بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البايع
مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح
بحضور من يصلح شاهدا فيه او بالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل مما يتغابن الناس او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة
شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة
ولهذا يملكه العبد الماذون والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت
النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير
منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى
احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطؤها ومنها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة
حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا او باطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا

ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم يقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول
فلا يحل له الوطي عند ابي حنيفة آخرا وان كانت الفرقة لم يقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه
وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها
الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم ولا يقضي القاضي على غايب القضاء
على الغايب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر
في البلد جاز والا لا يصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود
الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع
المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة
قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان
قال قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على
الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا للظلم ان اراد بسكوته توقيف
حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود حكما
فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار
لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا
وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب استماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير
مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع
في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم
الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يعرف قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن
وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوايد قوله ولانه يحتمل الاقرار دليل آخر على المطلوب
والضمير للشأن ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه في وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشأن يحتمل
الاقرار والانكار ووجه القضاء يختلف بهما من الخصم فيشتبه على الحكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزايد المتصل والمنفصل
وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل بالبينة فانه لم ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة
فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على
بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان
استدل الخصم بقوله عم البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غايبا او بحديث هند حيث قالت
يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غايب اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة
البينة وسوقه كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان
القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغايب او لا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عم لعلي حين
بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي

وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله عم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا يرى
انها لم تقم البينة قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت
البينة ثم غاب قبل القضا لان الشرط قيام الانكار وقت القضا لان البينة انما يصير حجة بالقضا وهو الجواب الموعود
بقولنا سابقا وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضا وهو ثابت بعد غيبته باستصحاب
واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضا على الغايب لا يجوز
الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغايب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما
شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغايب كما اذا وكل شخصا وهو ظ او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته
والثاني اما ان يكون ما يدعي به على الغايب شيئا لازما لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان شيئا لازما سواء كان
المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغايب
وهو يملكها فان المدعي وهو الدار شي واحد وما ادعى على الغايب وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا
من المالك سبب للملك لا محالة او شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه
هما عبدا فلان الغايب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغايب اعتقهما وهو يملكهما يقبل هذه الشهادة والمدعي شيئان
المال على الحاضر والعتق على الغايب والمدعي على الغايب سبب المدعي على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا ينفك عن
العتق بحال فالقضا فيهما على الحاضر ينتصب خصما عن الغايب لان المدعي شي واحد في الاول وكشي واحد في الثاني لعدم
الانفكاك فاذا حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظاير في الكتب المبسوطة
والمص لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعي شيا واحدا او شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم
فان الشي اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بكونه لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت
فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغايب كما اذا قال رجل لامراة رجل غايب ان زوجك فلانا الغايب وكلني ان احملك
اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق
على الغايب حتى اذا حضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعي على الغايب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت
ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب
بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعي على الغايب سببا لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا بقصر
اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل
عن التقييد وان كان اعني ما يدعي به على الغايب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان
امراته فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة قال المص لا معتبر به في
جعله خصما عن الغايب وهو عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغايب لا يصح لان ذلك ابتدا القضا على الغايب وقال
الامام فخر الاسلام وشمس الاسلام الاوزجندي ان البينة يقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى
المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين
لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغايب وهو في الشرط موجود واخرج المص المسخر من جهة القاضي وهو من
ينصبه وكيلا عن الغايب يسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغايب والمسخر
لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو اقوى الروايتين فيه فكانه اختاره ويقرض القاضي اموال اليتامى
للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها
محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونة بالهلاك فلم

يكن مضمونة وبالقرض يصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب
بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض
فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج
لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار
فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي
وشفقته مبنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يامن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروي
الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضا وتاخيره
من حيث ان الحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب
والاجماع اما الكتاب فقوله تع فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم
رجلان رجلا للتحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة
بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان في القضا دون التحكيم عنده
واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق
ولا يضاف بخلاف القضا والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضا فلو حكما امراة فيما
يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضا باهلية
الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يتقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه اهل
الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي للتحكم بين اهل الذمة صحيح
دون الاسلام فكذا التحكيم والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق
والصبي لعدم اهلية الشهادة فيها لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق اهل
ان يتقلد القضا ولو تقلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لا تفاقهما على ذلك
فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم
بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل لخراج احدهما سعي لنقض
ما تم من جهته قلت ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض ح فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم لصدوره عن ولاية
عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم
الا بذلك فلا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفايدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه
ولو لم يمض لتمكن لان امضا الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف
حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز للقاضي الثاني
ان يرده ولا يجوز التحكيم والحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تع باتفاق الروايات
لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حدود القذف والقصاص فقد اختلف الرواية قال شمس الائمة من اصحابنا
من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان
الاستيفا اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص
واختاره المص واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل
الحدود وقالوا في ذلك لان حكم الحكم ليس بحجة في غير حق المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات

وهذا كما ترى اشمل من تعليل المص قوله وقالوا اى المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدورى الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم فى ساير المجتهدات كالكنايات فى جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو الصحيح لكن
المشايخ امتنعوا عن الفتوى لذلك قال شمس الائمة الحلوانى فى مسئلة حكم الحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب
انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا على النسفى كان يقول نكتم هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودى
الى هدم مذهبنا وان حكما فى دم خطأ لا ينفذ الا فى صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او فى مال القاتل فان كان الاول
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثانى رده القاضى وينقض
بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ويخالف للنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سياتى فى كتاب المعاقل ان شاء
الله تع قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضى اى رد قضاءه بالدية فى ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة
لا يعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة ويجب فى مال الجانى بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة
درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجانى جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجانى بحكمه عليه
فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه
بها اصلا لانه ان قضى بها على الجانى خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا ان حكمه قوله ويجوز ان
يسمع البينة يعنى انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق
للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندى لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت
عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندى وقد الزمك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضى عليه ان يكون اقر عنده
بشئ او قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضى ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على
تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضى المولى اذا قال فى قضائه لانسان قضيت عليك بهذا باقرارك او ببينة قامت عندى
على ذلك فانه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت
حكمت عليك بهذا لكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله انى حكمت بكذا كالقاضى المولى اذا قال بعد عزله
حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته بط لان اهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك
الحكم ولا فرق بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا
حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الراى فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما وراى الواحد
ليس كراى المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعدم القيام من مجلس الحكومة حتى تشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام
كسائر الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشره

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى اى متفرقة
من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر فى اخر كتاب ادب القاضى مسائل منه كما هو داب المصنفين ان يذكروا فى اخر الكتاب
مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان
القياس ان يوخرها الى اخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجوع وانه جدير
بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب
العلو وليس لصاحب العلو ان يبنى على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضى صاحب السفل عند ابى ح
وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول الاخر يعنى ان ما ابيح انما منع عما منع اذا
كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الاخر فصلا مجمعا عليه
لان التصرف حصل فى ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك تفسيرا له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه
تصرف فى ملكه والملك يقتضى الاطلاق فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة

ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق يقين واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف فى
محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن
التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر الملك عن التصرف فى المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضى به دون
عدم الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه
فيمنع عنه اختلفهما على المنع لافادة ما قبله ذلك قال واذا كانت زايغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة تتشعب
عن يمينها او يسارها مثلها على هذه الصورة ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا فى الزايغة القصوى لان فتح
الباب للمرور ولا حق لهم فى المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير
اذنهم فكذا هذا الا يرى انه لو بيعت دار فى تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة
لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره
وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو رفع كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح
انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك تتقادم العهد ربما يدعى الحق
فى القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المص ليس فيه ما يدل على ان الزايغة الاولى غير نافذة
وقد صرح بذلك الامام التمرتاشى والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره
وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزايغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل
قوله تع ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله ياتيكم به اى بذلك على احد الوجهين وان كانت
الزايغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل
لكل واحد منهم ان يفتح بابه فى اى موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هى ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور فى كلها
ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت منها بهذه الصورة قال ومن ادعى فى دار دعوى وانكرها الذى فى يده
دار بيد رجل ادعى عليه اخر ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهى مسئلة الصلح على الانكار وسياتى
الكلام فيه فى الصلح ان شاء الله تع فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى
الا يرى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجيب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول
جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط والجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها وتعقب بان يقول جهالة
المدعى اما ان يكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثانى صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره فى النهاية
ناقلا عن الفوايد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق
الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك
يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما فى الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شئ ويمكنه ازالته
الفساد باعلام مقدار ما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا فى يد رجل ادعى دارا فى يد رجل انه
وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة
فقال ليس بينة تشهد على الشرى لانى طلبت منه فجحد فى الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام
البينة على الشرا فان شهدت على الشرا قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا يقبل التناقض من وجهين احدهما من حيث
ان المدعى ادعى الشرا بعد الهبة حيث قال فجحدنى الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشرى قبلها
فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثانى من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشرا
على وقت الهبة لا يصح يكون قائلا وهب لى هذا الدار وكانت ملكا لى بالشرى قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته

لظهوره

بالشرا وان شهدوا بالشرى بعد الوقت الذى ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع فى بعض النسخ
وهم يشهدون به قبله اى قبل عقد الهبة او وقتها وفى بعضها قبلها اى قبل الهبة وكذا فى قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان
المدعى ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشرا قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان
دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشرا قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشرا بعد
الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغى ان لا يقبل فى هذه الصورة ايضا لانه ادعى شرا باطلا
لانه ادعى شراء ما يملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ فى حق المدعى على رضاه
فاذا اقدم على الشرا منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا
ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية رجل قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فانكره ان اجمع على ترك الخصومة اى عزم
بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اى حل له ان يطأ الجارية لان المشترى لما جحد العقد
كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان
تقاربا فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ
من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز للمرأة اذا جحد زوجها النكاح وعزمت
على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشئ يقوم مقام غيره
اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل
مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده ترك المص فى الجواب فقال
ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما
يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه
لا يحل له وطيها لان البايع متى باعها من المشترى بقيت على ملكه ما لم يبعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود
دلالة قوله ولانه دلالة اخرى فان المشترى لما جحد العقد تعذر استيفا الثمن منه ولما تعذر فات رضى البايع وفوات
يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستبد بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ
كان فى الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البايع
وفى الثانى مرتب على الفسخ من جانب البايع باستبداده ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم

ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان
مفصولا او موصولا على ذلك دلالة ثم فى الكتاب التصحيح به فى غيره وفى بعض نسخ جامع الصغير وقع فى موضع قبض اقتضى
والمعنى فيهما واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو
يجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فى بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا وهو فيهما لا يجوز
كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك
ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المص بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع
للملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما ليس
على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا
بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا
انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفا ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم تصدق لاقراره
بقبض الجياد صريحا فى الاول ودلالة فى الباقى لان حقه فى الجياد والثمن جياد والاستيفا يدل على التمام ولا تمام دون

الحق فكان فى دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا فى المبيع على البايع وانكره
فان القول قول البايع لا المشترى الذى انكر قبض حقه لان المشترى اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد
على البايع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثانى اعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية
جمع بين هذه المسائل الاربع فى الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم ثم ادعى
انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقى لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو
ان فى قوله قبضت ما لى عليه او حقى عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى
البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان على الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ
على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل كمن
قال لفلان على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثنا باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا قوله وفى الستوقة
لا يصدق يعنى لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم
لم يجز فكان متناقضا فى دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط فى آخر كتاب
الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع
والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم فى الرصاص ذلك ففى الستوقة اولى وكان الاعتراض نشأ عن
وقع الذهول الى التدنى فى كلام المص فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخى ولا نزاع فى غير الزيوف
والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا او لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو
لا تقبل مفصولا وتقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف
فانه لا تقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بالمنع ههنا عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو
لزوم استثنا الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختار
المص فانه ما عزاه الى شئ من النسخ وتمثيله باستثنار الدينار قد لا ينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكان
لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اى رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردى من الزيف والستوقة
ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب استيو وهى اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم ومن
قال لآخر لك على الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان استقل
المقر باثباته او لا والاول يرتد برد المقر له مستقلا لذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثانى يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا
اذا قال لآخر لك على الف درهم فقال ليس لى عليك شئ ثم قال فى مكانه بل لى عليك الف درهم فليس عليه شئ لان المقر
بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لى عليك الف درهم غير مفيد
لانه دعوى فلا بد لها من حجة اى بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت
منى هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد
احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعنى المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقى
العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد فلت ان عزم المقر على ترك
الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطيها كما تقدم ويجوز
ان يقال ان قوله ثم قال فى مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال
فى الكافى ذكر فى الهداية اذ احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفا الثمن من المشترى
فات رضى البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب فى ذلك لانه قال لما تعذر استيفا الثمن يستبد

وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يتبدد بالفسخ وان كان الثمن كما اذا اقر بنسب عبده من انسان
فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر بنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد
بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال ومن ادعى على آخر مالا اذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط ومعناه
نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه فاقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على
الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان
مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا
للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا
قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لانه ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى
عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا قالوا دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان
التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف بمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال الا يرى
انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو
ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت
اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة
ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا تقبل لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل
بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة قال ومن ادعى على آخر انه باعه
جاريته ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا
لم يحدث مثله في تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته
ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المص بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل
اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فالمكلف به
فكذلك يجوز ههنا ان يقول بينا بيع لكنه لما ادعى على البيع سالته ان يبرئني عن العيب فابرأني وجه الظاهر ان شرط البراءة
تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بمعنى الموصوف غير متصورة
وهو قد انكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله واذا
اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من يخرج هذا الصك وطلب ما فيه
من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله او كتب في كتاب شراء اما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله
بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال
لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيل وصرفه الى الجميع مبطل لما فرض للاستيثاق
لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فما يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى
ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله والثاني مسلم ولا
كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف
ولا يخ ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى
بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض لتصير بمنزلة

الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة
كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من توكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل
بالخصومة بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا
ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه بما يلحقه من زيادة الضرر لتفاوت الناس
في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو الاحتراز عن قول ابن ابي ليلى
لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة
المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل
الى هذا الموضع قال واذا مات النصراني فجاءت امراته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته بالاستصحاب الحال وهو
الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي
فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره
وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت
الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب
الاوقات فلذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما
للحال اي باستصحاب كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا
في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او
الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر
لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا
ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امراة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقال الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان
تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك ولهذا القدر تم الدليل وقوله اما الورثة
فهم دافعون اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتمع نوع الاستصحاب اما في الاول فلان نصرانية امراة النصراني كانت
ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول كان القول قولها
كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت
ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل
موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستصحاب
به وقوله ويشهد لهم ظاهر الحدوث دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل ان كان
ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب
انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب لا يصلح
للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به
لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت
الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال
ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن

الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده
وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر رجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه
حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى
ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين ونحوه فان خلافة الوارث
متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر
اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن اولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل
المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا
في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار منه على
نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس
ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا
على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول
فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى الاول واجابوا بالتزام
ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من الغاصب بعدما اقر بغير من اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي
واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكرها شرعا فلا يلزمه الاقرار **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء
اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد او لا فان كان الثاني واقام على
ذلك بينة فهو على ثلثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا للورثة ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع
شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الوجه منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني
انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث
اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا يعرف له وارثا غيره
فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان
لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع
اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما
وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي ح مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع
اليه قال ابو ح لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا يؤخذ وان كان الاول يؤخذ الكفيل
بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر للغيب وترك الاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي
باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة
امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها
النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي ح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر بيقين او ظاهرا ان كان له وارث
آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت
قطعا او ظاهرا لا يؤخر بموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع
المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر
حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل **قوله** ولان المكفول له مجهول دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم من
جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان **قيل** اذا اقر ذو اليد يؤخذ

منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول **اجيب** بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له حجة كاملة
فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة واقل ذلك ثبوت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان
ثبت فلا اشكال لا **يقال** الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوفيق المطالبة كما مر
وهي من الميت غير متصورة **وعورض** بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير
لحق ثابت قطعا وظاهرا لما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التأخير جائز **واجيب** بان التلوم ليس للحق الموهوم بل
هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام
قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على
النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء
زايد من المستحق بخلاف طلب الكفالة **وقوله** بخلاف النفقة جواب عما استشهدا به من المسائل اما مسئلة النفقة
فلان المكفول فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له الزوج معلوم ايضا فصحت
الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان **قال** في رواية لا احب ان يأخذ منه كفيلا وقال في رواية
احب ان يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي ح فلا يصح القياس
وقال العتابي ان رفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المص لان
الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع **قوله** وقوله اي قول ابي ح ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا
لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن ابي ح ان المجتهد يخطئ ويصيب ويقرر ان مذهب اصحابنا
المتقدمين براء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب ابي ح واصحابه وقد
قررنا ذلك في التقرير بعون الله مستوفيا **قال** واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد
ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند ابي ح واما عدم الاستيثاق بالكفيل فيهما
فبالاجماع وقالا ان كان من في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد
خاين والخاين لا يترك مال الغير في يده كالامين فيجوز ان يترك المال بيده ولابي ح ان القضاء وقع للميت مقصودا
يقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع القضاء يعتبر جحد المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه
فلا ينقض بيده من هو غير مختار له **وايضا** قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس
بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان من بيده مودعا فانما يترك المال بيده لذلك **قوله** وجحوده
جواب عما ذكراه **ووجهه** ان الخيانة بالجحود انما تكون باعتبار ما مضى او ما يأتي والاول قد ارتفع بقضاء
القاضي فكذا اللازمة والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صدرت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتب في الخريطة الظاهر
ان لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا **يقال** موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة
امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل يؤخذ من
يده النصف الآخر بالاتفاق **والفرق** بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى
الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما
جحد من بيده ربما يتصرف لخيانة او لزعمه انه ملكه واذا انتزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال محفوظا
بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام
والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب من المشايخ من قال

المنقول ايضا على الخلاف وقوله الاصح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده فكان الترك
ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى
ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى بثبوت الخلاف في العقار فسقط الى
قوله وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لا من بيده التركة فلا
يسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل نهب
القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل ترتيب
الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشيء كان منشأ له
هذا خلف بط قوله واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس
قول الح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه
وهو اختيار المص قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا
وعليه ان كان الكل بيده كما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة
يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على
احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة
ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة كان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى
نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره وتعامل
ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه
سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يحتمل التشكيك وقوله وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين
للميت او عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله الا انه استثناء من قوله لان احد
الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان
جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما في بيده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده فصل
ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال
التي يجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب اولا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة والقليل منه
ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه بقدره عند تملكه لان المعتبر
جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم تجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث
المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال
زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به
لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقة مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث
لم يوجب الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفة او لانه في معنى الصلوة لانه
لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة
كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل
آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحول مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوايجه
الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية
يدخل في النذر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة

التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي يوسف مع محمد لانه اي الارض
العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا يدخل
بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم للاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكوتيا
او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح
وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا اظهارا لزيادة عموم
فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب
بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم وفي بعض النسخ لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا
بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي لان
الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تع وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظ المال ولعله اشارة الى قوله
ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل
الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه
بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الدار والحوانيت والبيوت
التي يؤجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة
فسنة وصاحب التجارة تمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي النهاية ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث
نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث فصل ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه
ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرناه آنفا من اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة
فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة اي
النيابة جامع فان للوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر
الرواية ان الوصاية خلافة لا انابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف
الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المنيب والانابة تتوقف على العلم لانها
لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال رجل اشتري عبدي من فلان
ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه
ثبت ضمنا والكلام في الوكالة تثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح
تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس
بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض
لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد كالوكالة واذن العبد في التجارة
ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك
فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما مما ليس في معناهما وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام
كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا
لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة

المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكرناه
بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلث منها ذكرها
محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة اما الاولى فهي التي ذكرناها
من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت
الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافه وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر
وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق
او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما والرابعة
النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق
وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيتها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل
بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان
اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف واذا باع القاضي او امينه عبدا
للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن
العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن
كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا ابيع بطلبهم
ومن وقع له البيع رجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه
وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء واذا امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق
او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي
فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه
الميت بنفسه في حيوته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء
لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي يأخذ في دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال
فيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من
حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له

فصل

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء
وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول اولا واذا قال القاضي قد قضيت اذا قال القاضي قد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه
رجع عن هذا وقال لا يؤخذ بقوله ما لم يكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك
غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم
تركوها فيه للحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن
تمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفي تحقيقه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يجوز
الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب
تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى
هذا يأتي الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ والخيانة لعدالته
وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ فان احسن

حسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه
بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا
لانه ربما ظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين
سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يجري به
القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند
الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيته وتصدقه في كونه في زمن الولاية ويكذبه فيه
فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا
ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لاخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت
ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي
لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها
عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به
القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الاخذ معاينا
في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ
ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله
الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد
القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان
القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا
عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم
الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى
فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن
في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي
ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره
بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل
الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه
بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على
القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال
باقيا في يد الاخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه المأخوذ منه المال في انه فعل في قضائه وادعى انه فعله
في غير قضائه لان الاخذ اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة
فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب
كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن
الشهادة بالحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة
عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة
وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والا

الكاذبة وقوله صادق يخرج الاخبار الصادقة بغير الشهادة وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بالحس
مشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة
او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على
التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس
لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت
موجبة قال الشهادة فرض يلزم الشهود اي الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه اكد الفرض
وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا بسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تع
ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل
على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تع ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي
عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان
فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان لا الكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا
فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ذلك ضد واحد واما اذا
كان له اضداد كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه
وانما يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كساير الحقوق ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم
بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالمطلوب
دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فيلحق به لا يقال قد مر
آنفا ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المص بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان
طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط
فلا مخالفة فان قلت لم جعله شرطا وهو قوله تع ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب
وضع يدل على سببية غيره كقوله تع اقم الصلوة لدلوك الشمس قال والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد
بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى
عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله عم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له
هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه فان فيها دلالة ظاهرة على افضلية الستر فان قيل الاخبار معارضة
لاطلاق الكتاب واعمالها منسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمول على المداينة لنزولها
فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي عم واصحابه
في الستر والدرء متواتر في المعنى فجاز الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة فيجوز الزيادة به
وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم
لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تع غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق وفيه صيانة عرض
اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك قوله الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال
ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقال سرق
محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان احدهما حق الله تع والآخر حق العبد والستر الكلي ابطال
لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله تع الغني على حق العبد المحتاج وهو لا

لا يجوز فيقول الشهادة على المال دون السرقة قال الشهادة على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع
على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تع واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تع ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة واما الاسلام
والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تع
يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن
رسول الله عم والخليفتين يعني ابا بكر وعمر من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر
لما ورد في حقهما من قوله عم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام
شهادة الرجال في غير الحدود وقال الله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تع فمن لم يجد فصيام
ثلثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما يكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية
الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية ولا تقبل فيما
يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة
رجلين لقوله تع واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص
في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهادة
النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال تعالى فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست
شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها لما
ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا اتخصيص ام نسخ
قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري
مضت السنة من لدن رسول الله عم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة
به قال وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق
والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل
وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة
والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لا يقبل في الحدود ولا يقبل شهادة
الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها
ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ
والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني
عليه اهلية الشهادة وهي المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء
والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار ولقائل
ان يقول ما ذكرتم مما يبتني عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها
بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثاني
كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة
هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة
لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة
ايضا وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظ الشهادة لم يقبل

شهادتهن اذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا تقدر في كلام المص مضاف اي اهلية قبول
الشهادة قوله ونقصان الضبط جواب عن قوله فضح واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر
بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق
المذكورة من النكاح وغيره مما تثبت بها اما النكاح والطلاق فظ لثبوتهما مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال
فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك يثبت بشهادة
النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب
عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد
العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرتهم والثانية ان يحصل البديهيات باستعمال
الحواس في الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل النظريات
المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة
ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان
وليس كذلك وقوله عم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب
عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا يقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي
قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك كيلا يكثر خروجهن ﴿و تقبل في الولادة والبكارة﴾ اخص قبول شهادة امرأة
واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا يقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف
على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس
فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على ان كل امرأتين
تقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله ولانه دليل معقول لنا ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق
النظر لان نظر الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى
الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان
نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى
الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة
في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة
اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق
فشهدت امرأة على الولادة لم يطلق عند ابي ح وقالا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند
ابي ح يعني يثبت الولادة بقول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة
لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان يتايد شهادتهن بمؤيد
اولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها
بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت
مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البايع لذلك ولمقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم
نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم يتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم

البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما
لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقوله والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق
سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال فيثبت له ولاية
التحليف والا كان القول للبايع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم تحلف
على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند
ابي ح غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة
لكنها في حق الصلوة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في
حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال
الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء ﴿ولا بد في ذلك كله من العدالة﴾ لا بد في المال وغيره مع
ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكباير
وترك الاصرار على الصغاير ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم واتيقن لم يقبل شهادته في
تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تع ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا
ولقوله تع واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي
علة الحجية وما سواها معدا لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يس ان
الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروة اي انسانية والمروة وتشديد الواو فيها لغتان
يقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا
وجيها ذا مروة كان اولا اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال النبي عم اذا لقيت
الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة
الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تع واقيموا الشهادة لله واشهدوا
اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة زيادة
توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد
وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديلها بما هو اصرح به وقوله في ذلك يريد به ما وقع في
المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة
وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم ان فيه معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام المدعي الشهود فلا يخلو
اما ان يطعن الخصم اولا فان كان الثاني قال ابو ح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود
حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر ولان
الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي
استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف
بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام
كالاول ويلزم اما دور او تسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك
ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود براءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضته

الذمة لكان دافعًا وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه محتال لاسقاطها الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر

اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرًا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلي والحار وضمها جميع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعًا ولا فقيرا كي لا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم الا اذا عدل غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فح يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسب وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المص وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو ح على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعند ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد بضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا لا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجهه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المص قال موضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه ينسبهم في ذلك الى الخطأ والنسيان فاني يكون اقرارًا واذا كان رسول القاضي اذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شرح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا

يتأتى الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء يبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء يبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها ما يشترط فيها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما اشترطوا فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت العدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا ولا يشترط اهلية الشهادة تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في العلانية

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وقيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للتعريفين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه ويقول اشهد انه باع اذا سمع المبايع ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي يشبه النغمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان داخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار رقه الخ وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يحل له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي ح وابي يوسف فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي ح وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما تصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الا

يجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يصح بدون النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا
ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان فلو سلكنا فيه ان يقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا
لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له
ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر اذا راى خطه في صك ولم يتذكر
الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل
بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما
يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود
شهدوا عنده في ديوانه في قمطره اي خريطة وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظ الحاكم او قضيته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطة
كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا
يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره
تحت ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغيرة والقاضي مامور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد
غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة واخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت
فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند ابي حنيفة خلافا لهما قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه
قد تقدم ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس ان لا تجوز
لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة
وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل
فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور
الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد تتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب
والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في
الدخول فلو لم تقبل فيها بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل هذا
الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله وانما يجوز
يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر وباخبار من يثق به كما قال
في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وهذا
على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر
واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين شرطا ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة
علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشياء
الثلاثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد
الا بشهادة اثنين والولادة فانها يكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قلما
يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله
وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن
فلان كما يشهدان ابا بكر وعمر ابن ابي قحافة والخطاب ولم يشاهدا شيئا من ذلك واما اذا فسر للقاضي انه يشهد

يشهد بالتسامع لم يقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه راه في يده لا يقبل كذلك
هنا ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه
واذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج جاز له ان يشهد بانها امراته فان سال
القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما نشهد بان امهات المؤمنين ازواج النبي عم فعلى
الرؤية وقيل لا يقبل لانه لما قال لم نعاين العقد بين للقاضي انه سمع به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت
لا يقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لانه لا يدفن
الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا لا نشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح
واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكره الخصاف انه يجوز لامر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا في
عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما
ذكر في الكتاب او لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال
النبي عم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء الا يرى انا نشهد
ان قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس وان لم ندرك ذلك وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار
والجواب عن قول ابي يوسف ان الولاء يبتنى على ازالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه تحصل بالكلام فسمعه الناس
وليس كالولاء فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل
بالاجماع واما الوقف فقد ذهب بعض المشايخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال
بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا
انه وقف على هذا المسجد او المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا يقبل كذا في الذخيرة قال ومن كان
في يده شيء رجل راى عينا في يد رجل ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى
ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم تلك
المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة
المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في
الشهادة العلم بالنص وعند اعوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي ما ذكر من شهادة القلب
تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعه ان يشهد وانه يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في
الشهادة تقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بانا جعلنا
العيان مجوزا للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لا محالة واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا
ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان ياخذها بالشفعة
فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال في
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف ان اليد متنوعة الى انابة وملك واليد فلا
العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي
العلم ثم هذه المسالة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين
الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك
بحدوده وحقوقه وراه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس
ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا احد حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث

وسواء عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بعينه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان تحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امراة لا تبتذل ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصديقها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا او هو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثالث لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك معرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانهما في ايدي انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع لمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر واما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي ح انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف رح فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا يرى ان من ادعى عبدا او انه في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول الذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع الشهادة ومن لا يسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال للشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بينهما يتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد وقد تكون لخلل في اداء التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون قال ولا يقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان يكون في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي ح وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى لا تقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه واجيب بان من لا يقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسياتي جواب اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم

العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير ماوف فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع هو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر النسبة والجواب لابي ح ومحمد انا لا نسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في النغمة تبادل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة فيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميز الا بالنغمة وذلك يناقض وتقريره ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع حق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي ح ومحمد بمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فتمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا اهلية عنده ووجهه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما وان معنى قوله لهم للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا اي قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالحد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجهه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا لا النهي عن القبول وقال الشافعي يقبل شهادته اذا تاب بقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وسوابقه معطوف على ما هو قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله وبالوالدين احسانا قلت يابان ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الاخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكن كان ذاك

جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تمامه فيقضى ظ سلمناه لكنه ابدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه ولكن جعله مجازا
ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى دفعا للمحذورات وتمام العثور على هذا البحث بمقتضى مطالعة تقريرنا
في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا
اسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك في حد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام
حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم يقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة
الا ما كان بعد العتق فيجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد
اذا حد في القذف حيث جعل القذف قايما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قايما الى حصول نفوذ الولاية وفرق
بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب
الوصف عند امكانه واعترض على كلام المص بانه لا فايدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق لم تقبل
ترد الشهادة ايضا الا ان الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه
لم يقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب ان فايدته تطبيق المسلتين
في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل
قبله فلا يا فيه **ولا شهادة الوالد لولده** لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده لقوله عم لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره قيل ما فايدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره
على سبيل الاستطراد فانه عم لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع
على سبيل الفرض لم يقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها
يوجب ان يكون الشهادة لنفسه من وجه او ان يتمكن فيه شبهة قال المص المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر استاده ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة
وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة
او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب اي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير
كالمستاجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما شهد
فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاذ له ووضع الزكوة فيه لكن الاجماع
المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك مقبولة لان منافعه غير مملوكة للاستاذ ولهذا
له ان يوجر نفسه من غيره في مدة الاجارة **ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر** ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الآخر
غير متعدية اليه ولهذا يتعلق من احدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد
العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي
بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا
ولنا ما روينا من حديث عايشة انه عم قال لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته
ولان الانتفاع متصل ولهذا الموطئ جارية امراته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم
جواب عما ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا يتصرف له عليه بخلاف الرجل

الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه ياخذه لان الظفر امر موهوم وحق
الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان **ولا شهادة المولى لعبده** لا يقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته
له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهي من وجه لان الحال موقوف
مراعى بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل
وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا يقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا
وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه **ولا شهادة الشريك لشريكه** فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض
وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل
هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها
مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه **وتقبل شهادة الاخ لاخيه** تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل
لعمه ولساير الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالرديء
من الافعال اي التمكين من اللواطة فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نايحة ولا مغنية لارتكابهما
المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي عم عن الصوتين الاحمقين النايحة والمغنية وصف الصفة بصفة صاحبه والمراد
بالنايحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما
هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب ذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المراة فان نفس رفع
الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يعتد بهما بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل لا مدمن
الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر
ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب
ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول
الشهادة الا اذا اخرجت من البيت فانها تاتي بحمام غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمامة نفسه فيكون اكلا للحرام
وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع
آلة لهو ولا وان لم يكتف بذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يفيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه
لازالة وحشته لا باس عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الايمة السرخسي واختاره المص وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة واصل ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة
واسم الغناء قد يطلق على ذلك **ولا من ياتي بابا من الكباير** من اي شيء من الكباير التي يتعلق بها الحد فسق
وسقطت عدالته وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد او قتل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول
الله عم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت
المومن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبير ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام
ولا من ياكل الربوا لانه كبيرة ومن لعب بالنرد او الشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلثة القمار او تفويت الصلوة بالاشتغال
او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكباير والمص لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد
والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة مجردا لقوله عم ملعون من لعب
بالنرد والملعون لا يكون عدلا ولا يجوز ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة
اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا والشافعي يقولان يحل اللعب بالشطرنج وشرطا ان يكون

اكل الربوا مشهورًا به لان الانسان قل ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا
ابتلى به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبًا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى
ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى المستقبحة وفي اخرى المستخفة وفي لغوى والمستخفة كلها
على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب
سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروة فاذا كان
لا يستحيى من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهمًا ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون
منهم ابو ح لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ... عن ابى يوسف انه قال لا اقبل
شهادة من سب اصحاب رسول الله عم واقبل شهادة من تبرأ منهم وفرقوا بان اظهاره سفه لا يأتي به الا الاسقاط
السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبرى لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه ويقبل شهادة اهل الاهواء
الا الخطابية جمع المبتدع منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج
والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشر فرقة
وقال الشافعي لا يقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث التعاطى ولنا انه
فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفي شرب المثلث
او شافعي متروك التسمية عامدًا معتقدًا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض
ينسبون الى ابى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليًا الاله الاكبر وجعفر الصادق
الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته لذلك وقيل
لكل من حلف عندهم فردت شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا ولتمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا
وثالثا قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان
اختلفت مللهم كاليهودى مع النصارى وقال ابن ابى ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عم لا شهادة لاهل ملة على اخرى الا المسلمين
فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تع والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية
دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شئ فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى وقال مالك والشافعى
لا يقبل لانه فاسق قال الله تع والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تع ان جاءكم فاسق
بنبإ فتبينوا او صار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد بجنسه وبخلاف جنسه ولنا ما روى ان النبي عم اجاز شهادة النصارى
بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى لان الذمى من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله
اهلية الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس فالجواب
ان القياس في الذمى كذلك لكن ترك خلاف الجنس لقوله تع ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض
بان الله تع قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضى والجواب انه ليس بمرضى بالنسبة الى الشهادة علينا او
مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق
من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطى محرم الدين او
من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكافر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض
بان الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذى هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا
الكذب بانكار الايات مع علمهم بحقيتها قال الله تع وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما واجيب بان المراد به
الاحبار على عهد رسول الله عم المتواطئون على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على ان الحق ما هم

عليه فالكذب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على احد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها وقوله بخلاف المرتد
جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على اولاده وهى ركن الدين وقوله بخلاف شهادة الذمى على المسلم
جواب عن قوله ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم وعللوا استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمى على المسلم لوجودها
على ما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا
السؤال ولانه يتقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا ان علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق
وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار
الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا يقبل شهادة الحربي على الذمى قال المص اراد بالحربي المستأمن
وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذى لم يستأمن على الذمى غير متصور لانها تكون في مجلس القضاء وهو من شرط القضاء
المصر في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ماخوذ قهرا فيصير عبدا
ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم يقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه لا ولاية له على الذمى لكونه من اهل دارنا والمستأمن من
اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو اعلى
حالا منه اى اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمى دون المستأمن استظهار على الاختلاف لتمام
الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا يقبل شهادته على الذمى ويقبل شهادة الذمى
عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصار شهادته كشهادة المسلم يقبل على الذمى والمستأمن وفيه نظر
لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفتين ودخلا دارنا
مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض تحكم والاول هو الظ فان قلت اما يجوز ان يكون علة
لقبول شهادة الذمى على المستأمن لا جزءا الا انقطاع علة الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه يساعده فتامل وسنذكر
الجواب عن قبول شهادة الذمى على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال ويقبل شهادة
المستأمنين بعضهم على بعض المستأمنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة اولا فان كان الاول قبلت
شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم يقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع
التوارث قوله بخلاف الذمى جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على
المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمى من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لتركها
فكان الواجب قبول شهادة الذمى على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن فيقبل شهادة
الذمى عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من دارين مختلفتين
قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهى تجمعهم بخلاف المستأمنين قال وان كانت الحسنات اكثر من
السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد بان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر ولا اصرار
على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون في الشرع اغلب من
اتيانه بالصغائر جازت شهادته ولا تقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضى الى تضييع حقوق الناس بسد
باب الشهادة المفتوح لاحيائها ويقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا وترك
السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى عدلا بل مسلما وابو ح لم يقدر له وقتا
معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم
اليوم السابع من ولادته او بعده لما روى ان الحسن والحسين ختنا اليوم السابع وبعد السابع لكنه شاذ
ويقبل شهادة الخصى وهو منزوع الخصية لان عمر قبل شهادة علقمة الخصى ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت

بيده ويقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يؤثر على كونهما وكونهما غير مانع بشهادة الابن ففسقهما اولى وقال
مالك لا يقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله والكاف زائدة كما في قوله تع ليس كمثله شيء فيتهم قلنا
الكلام في العدل وجه ذلك بفعله ليس بقادح لانه غير مواخذ به ما لم يتحدث به سلمنا لكن لا نم ان العدل يختار ذلك
ويستحسنه ويقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تع واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ويشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي ان لا يقبل شهادته في
الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امراة وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة
المشايخ معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني اباح يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق
الواجبة كالخراج وزكوة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة كانوا عمالا ولا يظن لهم فعل ما يقدح
في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا يقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك
ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة
الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا يقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه
المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب المكاسب قال عم افضل الناس عند الله من ياكل من كسب يده فلا يوجب جرحا
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان
لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخ اما ان يكون
الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة وظهور الموت ليس بشرط كما
سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة متهم يعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه
وافراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما يوجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه
ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الموصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحيته من
نصبه وامانته وهؤلاء بشهادتهم الكفوه مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين
القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجيب بان الوصيين اذا اعترفا بان معهما
كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا
انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف
الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باقرارهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه
بالكوفة لم يقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد
ذلك ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخ اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم اولا
والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني وذلك ان تسميته مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الخصم بشيء واقام الخصم
بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا انهم فسقة او زناة او اكلوا ربوا فالقاضي لا يسمعها واستدل المص بوجهين احدهما قوله لان
الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ودفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قوله ولان
الاعتماد في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا لهتكه واجب الستر وتعاطي
اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد اجيب بان من شرط في
زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا ساله القاضي تفاديا عن التعادي واحترازا عن اظهار الفاحشة
وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيد لجواز ان يحكم لذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا

ايضا قوله الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر
ان شهودي فسقة فانها يقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي
والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه
ليس لمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام البينة
ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك
فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل ودفعته
اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق
الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب
ان يقول ولذلك وهذا سهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر
او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد
فلما انه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في
قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة
فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت
اليه ضرورة جاز لقوله عم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا لنفسه وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا
لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في
اقامة البينة على ذلك اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول الا لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامة
عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه
ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي
ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي واتيت بما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما
قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير
من احد الخصمين او لا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره
وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم
المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة انما يتصور
قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع
شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا
عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت
وبما بقي او زاد عند اخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي
وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المص ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله
لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا قال
بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه
بمثل ذلك فوجب الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل اخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه
الحق الملحق باصل الشهادة فصار كلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه

وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوسم اذا وقع الغلط في بعض الحدود في ذكر الشرقي مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب
كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي ح وابي س انه يقبل
قولا في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتزوير والظ ما ذكرناه اولا من تقييد ما فيه شبهة التزوير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق
اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت
الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرف معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من
له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان تتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة
فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد
بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه والاتلاف ما فيه وشهد بالشقاقة عنده
او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية
الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا يرى ان المدعي
يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المص على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول
الشهادة وقد وجدت فيما توافقتا وانعدمت فيما تخالفتا اما ان تقدمه فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات
فلا بد منها ولا نعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب واما عدمها عند
المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث
من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجد وجدت فيما توافقتا وهو مسلم ولكن وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون
كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة الزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا
وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في
الشهود العدالة لا سيما على قول ابي ح وم ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل
ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي ح الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى
والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث
المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف وهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر
بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الاخر بالتضمن فقد نفاه ابو ح وجوزاه فان شهد احدهما
بالف والاخر بالفين لم يقبل عنده وقالا يقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتين
والطلقة والطلقتين والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك
ثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف وخمسمائة والاخر بالف كما يجيء ولابي ح
انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعنى الدال
هي عليها بالضرورة وان شئت بالتنبيه فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف
كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الاخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما
هذا كاختلافهما في جنس المال اذا شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة وفي ذكر المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق
ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة يوجبها بين الشاهدين فما جواب ابي ح عن ذلك واجيب بان اشتراط
الاتفاق بينهما ليس بحسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين

الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم يقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا
وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد شاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابرأ خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق
في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق بين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب
لابي ح ان يحمل ما نقل من المبسوط على ما اذا وفق الشاهد بدعوى الابراء او الايفاء ولا يلزم ابا ح ما اذا قال لها زوجها
طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث
لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء واذا
شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة وقد تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول لا اذا شهد
احدهما بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف
وخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة
والاخر بطلقة ونصف او بمائة ومائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف
عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الا الالف
فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيب المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في
البعض فما بال القاضي لا يقضي على الباقي كما قضى بالكل في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب
الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله
وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ثابت
ظاهرا فلا يقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح لذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان
اصل حقي الفا وخمسمائة لكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل
المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او سكت عن التصديق والتوفيق او توفق
وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الاخر واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع
قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان شهد معه اخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة
لا يكون للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين
فكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين
فلم يعد متناقضا وعن ابي س انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض
بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا
شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه ههنا
لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب
الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضائه خمسمائة
وتكذيبه تفسيق فكيف يقضي شهادته وجوابه سياتي قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك
ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان
شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء
والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع الصغير شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما
قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له

قلت هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهد عليه
لشخص لآخر قبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي بشهوده تفسيق له لكونه اختياريا واما اكذاب المدعى عليه فليس
بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف
الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بكوفة قبل ان يقضي القاضي
بالاولى لم يقبلهما لان احديهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما باولى من
الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بما ليس
مثلها قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة
بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح
وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة
السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسألة بحالها فانها
لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه ايضا تخفيف الادمي وصار كالذكورة والانوثة
في المغايرة وللشيخ ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة
او يجتمعان بان يكون ملقى احد جانبيها اسود ويبصره احدهما والآخر ابيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب
القبول كما اذا اختلف شهود الزنى في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال للاثبات الحد وهو
القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه
فيما يندرئ بها والجواب عن الاول ان ذلك كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان
قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وامثاله
فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا للاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي
بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة
تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس اعتبار امكان التوفيق او يقال التصريح
بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل
فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما بانهما
لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البايع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة
فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء
بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو
الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود لترتب الحكم عليه وهو الملك اذ
لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب
فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا ثم زاد في الثمن وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان الشيخ الشهيد
ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجهه ما في الكتاب
ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة ملصقين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى
بالف وخمسمائة ولهذا ياخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي
هو البايع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة

الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك يشعر بان مقصود المولى هو العتق
والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر
فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون
الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة
فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لاداء
البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء
في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى
من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف وقال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة
والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا
من الوجوه المذكورة من انه يقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الالف لا يقبل عنده خلافا لهما
وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له
ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم يكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل
المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسمائة فيجب ان لا يقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد
شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار
لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في ساير الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي
الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود
اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الآجر او المستاجر فان كان الآجر
فهو دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة لما نقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى
على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم يقبل عنده
كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر فلا شهادة لان ذلك كان اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق
الشاهدين واختلافهما وهذا لانه اذا اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالآجر لا ياخذ منه بينة سوى ذلك في بعض الشروح
فان كان الدعوى من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت
الشهادة فيؤاخذ المستاجر باعترافه قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد
احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا
وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف
في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من
لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا قوله والاصل
الحل والازدواج دليل على ذلك وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر
لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف لهذين فيهما فثبت الاصل ثم
وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضى بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين
واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب في ذلك لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان

الاصل بل بطلان البتة ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور فى الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك
كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم
فالتشكيك فيه غير مسموع قال المص ويستوى دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو بدلا انه يستوى دعوى
فى الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما فى الدين واليه ذهب
شمس الائمة ووجهه ما فى الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بثبت فى ضمن
العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود اعنى الدين وقالت ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هى المدعية واما اذا كان المدعى
هو الزوج فاجماع انها لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه
وهو يمنع القبول وقيل الخلاف فى الفصلين يعنى ما اذا كانت المراة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى وهذا اصح لان الكلام
ليس فى ان الزوج يدعى العقد او المال والمراة تدعى ذلك وانما الكلام فى ان الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يجب
خللا فى نفس العقد او لا قال ابو ح لا يوجب فى ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المص دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل فى الشهادة على الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب
مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا فى ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة
هذا المدعى ارث الميت وتركها ميراثا له او لا قال ابو ح وم لا بد منه خلافا لابى يس هو يقول ان ملك الوارث لكون الوراثة خلافة
ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث
متجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد
يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال
ح ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدى عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت
ان يسوى اسبابه وبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت
دليل الملك لا يقال قد يكون اليد يد امانة ولا ضمان فيها لينقلب بواسطته يد ملك لان الامانة يصير مضمونة بالتجهيل بان يموت
ولم يبين انها وديعة فلان لانه ح ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه
اعارها او اودعها الذى هى فى يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابى يس فلانه لا يوجب
الجر فى الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع
ومن اقام انها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدى عند الموت فصار كانه اقامها على انها
كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم يقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه ويقبل عند
ابى يس شهادتهم بملك المورث قوله وان قالوا لرجل حى شهدوا انها استطرادا اذ هى ليست من باب الميراث وصورتها
اذا كانت الدار فى يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت فى يده لم يقبل وعن ابى يس انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك
ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا فصار كما لو شهدا بان المدعى عليه اخذها من المدعى فانها تقبل ويرد الدار الى
المدعى ووجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعدما كانت
وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهى متنوعة دليل آخر اى اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما
كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وهو
وجوب الرد ولان يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعدما كانت
كالمعاين المحسوس غير زواله قوله وان اقر المدعى عليه يعنى ذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت فى يد هذا المدعى دفعت اليه لان
الجهالة فى المقر به لا يمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم

معلوم والجهالة فى المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان عليه شيئا جازت الشهادة
ويؤمر بالبيان

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على
الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخر فى الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة
بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجرى فى العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها
فى كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى
اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعنى الشهادة على الشهادة على الشهادة وان بعدت الا ان فيها
شبهة اى لكن فيه شبهة البدلية لان البدلية لا تصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها
معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل وآخران على
شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هى فى المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة
الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن
شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء
مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعنى ان فيها شبهة من حيث
ان فيها زيادة احتمال فان فى شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفى شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة
كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا فى عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون
فلا يقبل فى الحدود والقصاص قوله ويجوز شهادة شاهدين اى يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من
الاصلين وقال الشافعى لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدوا على شهادة الآخر فذلك اربع
على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمراتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما
ولنا قول على لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون
بازاء كل اصل فرعان ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول على يعنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق
من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة
المراتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا يقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل
معبر عنه بمنزلة رسوله فى ايصال شهادته الى مجلس القاضى فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد
عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن على وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف
رواية الاخبار

فصل

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع بين بيان وجه شرعيتها وكمية الشهود
الفروع شرع فى بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على
شهادتى انى اشهد ان فلان بن فلان اقر عندى بكذا واشهدنى على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل
على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب عن الاصل فى شهادته بل فى المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل
عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضى لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضى والاول اوضح لو كان
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدنى على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له
اشهد

فصل

ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان
ابن فلان اشهدنى على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك لانه لا بد من شهادته اعنى الفرع وذكر
شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تنبئ بذلك كله وهو اوسط العبارات وله اى لشهادة الفروع عند الاداء
لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضى اشهد ان فلانا شهد عندى بان لفلان على فلان كذا من المال واشهدنى على

شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا احسن شينا واقصر منه
وسوان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار ابى الليث واستاذه
ابى جعفر كذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل بالاتفاق واما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في
الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما
فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد
له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل
ان يقول كلام المص مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه
فيظهر بالنص وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قوله في
هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي لقيام الحق بمجرد شهادة الاصل فرعه لان الفرع
لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على
الشهادة لا يجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة
مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع
انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر بصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها جهة في ابطال
ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية
في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا الكلام بسند الخلل واما عبارة المشايخ فهي
مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد قال ولا تقبل
شهادة الفروع قد تقدم ان مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول
ويغيبوا مسيرة ثلثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة يتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن ادائها
وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد
المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المراة بلا محرم او زوج وعن ابى يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلثة ايام
احسن لان العجز شرعا متحقق به كما في ساير الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه
اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ وروى عن ابى يوسف وم انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل
اقرارهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو على وجوه
اربعة اما ان يعرفهما او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم
يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان
عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد
تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال يخشى
ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما
لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على
موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت لترك التعديل

لان قوله في نفسه وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم و
قالوا لا نخبرك جاز شهادتهم لكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكين غير الفروع وعند ابى يوسف وقال محمد لا تقبل
شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابى يوسف ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة
دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول
بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدل ولا قيل ذاك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها
وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهم وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر
شهود الاصل الشهادة قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل
لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامراة
وقال الفرعان لا نعلم ابهي هذه ام لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظيره هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر
حدودها وشهدوا على المشتري بعد ما انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه
وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى قاضي شاهدان شهدا عندي ان لفلان
ابن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول
القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي في كتاب القاضي
الى القاضي في معنى الشهادة لان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة
الفروع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين
البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا خاصة
دونها قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في
غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن
يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية
عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم يكون بينهم نساء اتحدت اساميهن واسامي ابائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ
لانه خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابى ح وم خلافا لابى يوسف على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ
اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو اب الاب فصل قال ابو ح شاهد الزور اشهره في السوق
شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند ابى ح قوله ولا اعزره
يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روي عن عمر انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه
بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود ولا تعلق لهما بالاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما
لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو ح
من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة وقوله ولان
هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تع فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو
ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي عم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا
فجلس فقال الا وقول الزور فما زال يقولها حتى قلت لا سكت وتعدي ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعزر
ولابي ح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمل عليهم وسكتوا عنه فكان

كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد
يقع مانعا عن الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك ترك
الضرب وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة
التسخيم هذا تاويل شمس الائمة واول شيخ الاسلام المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا
قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير ما نقل عن شريح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا
والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا الى مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقريكم السلام
ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقداره
مفوض الى ما يراه القاضي ولم يذكر المص ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة
والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا
ثم انه اذا تاب هل يقبل شهادته بعد ذلك ام لا ان كان فاسقا يقبل لان الحامل على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور
التوبة عند المشايخ ستة اشهر وعند آخرين سنة وقالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا يقبل اصلا
وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى جعفر
عنه انه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير وذكر ان فايدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه
بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حيا او
بموته وكان حيا اما لندرته واما لانه لا محيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت
لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخره عن فصل شهادة الزور ظ اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها
زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في
مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة
عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء هاهنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان
عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف هاهنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظ
واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صارا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها
وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني ناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض
به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على
غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول
وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه
بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان نقضا القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكانت التسبيب منهم
تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان
اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وعدم تعزيره من بعد والكثير من ذلك التقرير في العقلين بذكره في الفصل
المتقدم ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا
لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص بما
يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار لضمان المال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة
والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع

في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلس ليست بحجة كما ان والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها او ثبت في
ضمنه فكان من توابعه لا انفكاك البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط
الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود
المبيع في البيع فانه شرط الصحة وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة
الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها يتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك
بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينة عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى
الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال قبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن
في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي
تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى
رجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان [illegible]
ليست بمطابقة للدليل فانهما قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه
هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما ياتي بعدها من رجوع بعض
دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان
لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وهاهنا كذلك لان المباشر هو القاضي
واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لمن خاف نفسه العقوبة في
الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر
استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود
في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم
كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة
او صار شبهة كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما
لا يتحقق كما قال عمر ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا يوجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان
انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف
يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين
وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة
بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهدين
بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف يتقيد
بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود
عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكها قبل القبض ينتفي
المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه
فلا يكون له ان يضمن الشاهدين ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب
الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان
الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر

اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لا نم ذلك فان
الباقي لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في
الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان
عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان الاستحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف تسقط الضمان فيما اذا
اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على ان المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت
لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان بطريق الاولى ولان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق قيل
يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع
الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق اليقين او الاتفاق وذلك
لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء
كان بشهادتهما ولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو
بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت
امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد
رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق
لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل
سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف لانهن وان كثرن تقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا يقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق
بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عم في نقصان عقلهن عدلت شهادة
اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانت كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك
نظر لانه انما تم ان لو قال عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا فكان
الاطلاق كالكلية كل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي
فالرجل بقي ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة الواحدة
شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا فصل
وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة
بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان
التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما تتقوم جواب عما يقال لو لم يكن
المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها
في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير
لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود
والولي وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهد
بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص
والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان فصل وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم

ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمة العين ضمنا البايع
الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع بان
شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البايع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا
فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لانهما اتلفا الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبايع كان
متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضى يسقط الضمان لكن حكمه يضاف
الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبايع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه
ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه
ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف
المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد او بمطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب شبهه به الا يرى
ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط
بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ يعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع
المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع
وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه
الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان
والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وا
بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه يصلح عوضا لكونه
ليس بمال متقوم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك فصل واذا شهدا بقصاص
ثم رجعا اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل
تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما
حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس بملجأ الى القتل قوله بل اولى اي التسبيب
ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان
على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره فالتسبيب من الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظ
وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص
فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب
اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حيوته ظاهرا او لقائل
ان يقول ظهور ايثار حيوته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن
القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بالطبع في المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا نزل فقال ولان الفعل الاختياري
يعني سلمنا ان ثمه تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبته ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره
الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود ولكن لا اقل ان يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل
لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما
يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري
يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل
الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا

فلو ان المقتول الخيار تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان
كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي
في قول ح خلافا لهما قالا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع لما تضمن بسببه على
غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه تعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم ❀ واذا رجع شهود الفرع
اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليه ولو رجع الاصول فقالوا
ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول
بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار
كما لو شهد الاصول وقضي بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ح وابي س وقال مح ضمنوا لان القضاء وقع
بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست
بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين
ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع
جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند مح المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول و
الفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو ح وابو س وبشهادة الاصول من
الوجه الذي ذكره مح والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف
اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا
مجانسة بينهما فيجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتاخير دليل مح في المسئلة
يدل على اختيار المص قول مح وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل وغلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل به
القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا ❀
وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية
فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كونهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا
على المشهود لانه لم يتبين كونهم ولم يقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن
تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ح خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود
خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل
ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست
بعلة وانما هي سبب اضيف اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان
موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا ❀ واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبده
ان دخلت هذه الدار فانت حر او قال لامراته قبل الدخول بها وآخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة
قوله خاصة رد لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف
يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان
الضمان عليه دون الحافر قوله الا يرى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين فيحكم بها
وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على
شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح
لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب

المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة للاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف
يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي ولا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك
من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في
معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من
المفرد فاثر تاخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القايم بما فوض اليه
كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف
معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تع فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روي انه وكل
حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا وبها
تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها اللفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي س اذا قال الرجل لغيره احببت
ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل
التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه
وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض ❀ كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة تبين بها ما يجوز
التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي عم وكل
بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة تزويجها اياه وقد اعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة
اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في
ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراؤها
بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ح والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف
وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه
تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وفيه عدم المانع
في الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة
وهي ليست ملكه لا يقال بل اجعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض
والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل
المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك فجاز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن
الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز
الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز
ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز خاصة وهو مجاز شايع وح يكون المناط هو الحاجة وقد توجد
بلا عجز ❀ ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها
اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا
حاضر الجواب وبعدما اسن عقيلا وكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل
به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا تجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى
بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال و
وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود ولا يعفى عنها وتقرره القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو

ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا
اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي فيقول خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كساير حقوقه دفعًا للضرر عن نفسه قلنا
ساير حقوقه لا يندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع
والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول بخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة
العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرًا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب
بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته ولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضور الموكل استحسانًا
لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز
الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقي الحدود والقصاص
داخلة في قوله بالخصومة في ساير الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف في ما اذا كان الموكل غائبًا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى
الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من
الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كساير الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما
في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا يصلح مانعًا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء
فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص
وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا يمنع الدفع الا ترى
ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص
على موكله لم يصح استحسانًا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بساير الحقوق ووجه
الاستحسان ما فيه من شبهة عدم الامر به **قال** قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء
في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى
عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المص ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف
في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا عنده يرتد خلافا لهما فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر
لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن لا يصلح المجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم في
قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه
بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه
لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة انا لا نسلم انه
تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القضاء والمستحق للغير لا يكون خالصًا سلمناه
لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا
بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص
حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب
غير مستحق عليهما فكان خالص حقه وزادوا عن التزام بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت
اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحتمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقًا واما المستطيع بظهر الدابة

الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان توكل وهو الصحيح وارادة
السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه
كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل
لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها قال المص وهذا شيء استحسنه المتأخرون واما في الاصل
فلا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة والمخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة بالعذرين المذكورين وعندهما
كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل **قال** ومن شرط الوكالة ان
يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن
شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان
جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف
احترازًا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك
التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول
احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان
والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطًا واحدًا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له
بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطًا واحدًا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس
الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رايه
قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبًا عنه فيكون التوكيل
تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي
وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح
والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه
بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضًا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل
ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد
سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع وشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده
بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من
الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح
ومعرفة ان ما زاد عليه ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا
يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز فيهم جواز توكيل من كان نوعهما
بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكًا للتصرف والوكيل من اهل العبارة
فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيًا محجورًا عليه او عبدًا محجورًا عليه او فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك
اما من جانب الموكل فظ واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل
التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور
اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال
والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزمًا في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانا

قوله بقوله محجوراً عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع
فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً او موجلاً واذا وكل بالشراء بثمن موجل لم تلزمه قياساً واستحساناً بل يكون على الآمر يطالبه البايع
بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس لضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك وانما هذا التزام مال في ذمته
استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال
فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى
يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل
وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به محجور ويثبت له خيار الفسخ
لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به قال رح والعقد الذي يعقده
الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه
الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف
وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة
وحكماً اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له وغيره
سواء واما حكماً فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه
واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلاً في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر او قال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن
ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد والملك يثبت للموكل خلافة
جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف تتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد
الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل فكان قايماً مقامه في ثبوت
الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الائمة قول ابي طاهر اصح
وقال المص هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جواباً عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك
يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب ان تصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى
من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما
للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص بقوله اعتباراً للتوكيل السابق فتعين الحقوق
للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقدم مقامه في الملك
بذلك السبب قوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل
وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري
لكان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكاً مستقراً قال في الزيادات فيمن زوج امة ثم جبره على قبتها فاجاز المولى
صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال
فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد
الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق
وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المص في مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد به ما ذكره في باب
الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل
لم يرده الا باذنه قال رح وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل

الوكيل فيهما سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول
وعبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المص وهذا لان
الحكم لا يقبل الفصل عن السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظ واما فيه
فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على
الحرة ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل ان
يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو نقل الحقوق فما فايدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد
قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل ويثبت له خلافة اعتباراً للتوكيل السابق ويبقى الحقوق متعلقة بالوكيل
اعتباراً لعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم
للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول بط لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله
فكان سفيراً ولله دره على فضله وتنبيهه للطايف الاعتبار جزاه الله عن الطلبة خيراً قال رح والضرب الثاني
من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيفه الى موكله والحقوق ترجع
اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال
بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق عليه او يقرضه او يعير دابته او يودع
متاعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره به على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبته لك او رهنته وليس للوكيل الرجوع
في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المص لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت
بالقبض والقبض يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلو قال فلا يجعل اصيلاً معناه اصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم
اذا لاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل كان ثابتاً لمن له المحل والحقوق فيما ثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها
انتقلت الى الموكل لجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب
الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة والاتهاب والاستيهاب فان الحكم والحقوق يرجع دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال
واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القبول والقبض ويدفع بانه لا بد
من اضافة العقد الى موكله وهي ان تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة كانت
الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض بط استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب
الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء
فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف
في مال الغير ولانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة
الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء العوض
لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل
على المستعير او الموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة
والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باجازة الموكل مقام نفسه في
ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة
صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة اولم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر بالاداء
في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة واحدة وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف
الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال رح الا ان التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر

الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل قال واذا طالب
الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع
الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع
ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه
ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول
ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه
لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة
ابرا بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولو ابراه جميعا وخرج الكلامان معا بري المشتري بابرا الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل
دون الموكل على الوكيل بشي فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه
دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابرا بعوض وهو معتبر بالابرا بغيره وللوكيل عندهما ح وم ان يبري المشتري بغير عوض
فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابرا والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابرا اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابرا
مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابرا من الموكل والجواب ان الابرا من الوكيل هو ذلك فاذا ابرا سقط
حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفا فلزم الوكيل الضمان كالراهن
يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفا من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل
لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا
اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا فان قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة
لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان المقاصة وهو لا تستعقب ما كانت بدين الموكل ومتاخر بالضمان ان كانت
بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشرى

قدم من ابواب الوكالة
ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشرا لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالة
والازالة بعد الاثبات قال ومن وكل رجلا بشرا شيء اذا وكل رجلا بشرا شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته
اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين
مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع
المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاحهم اولئك وبالنوع الصنف ثم من وكل رجلا بشرا
شيء فاما ان يكون معينا او لا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية
جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الموكل به معلوم وهو الشراء
والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشرا بل شرا نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف
القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الامر والاصل
ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والقياس اباه لان التوكيل بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا بانه يجعل
الوكيل كالمشتري بنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى
التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك باطل
فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه
فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة

لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين
النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن
او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا
كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار يشتمل على ما هو في الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد
من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف واذا قال
اشتر لي عبدا او جارية لا تصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال
جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان
بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت يسيرة
وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة
كما اشرنا اليه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على
الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام
اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شرا الطعام
ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف
غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ
والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك
فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشرا الطعام ينصرف الى
شرا الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول
مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله قال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله
ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في تحقيق
ذلك العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها
طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب واذا
اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده
الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لا يرده الا باذنه لانتهاء حكم
الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في
المشترى دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل تسليم الموكل به قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا
بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا بفعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة
ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه
العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذا في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل
حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشرا جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب
به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بالمسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع
الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف
القياس على مورد النص والنص قد ورد بجوازه بقوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة

شخص آخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان كان الموكل في الشراء ملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل فاجعل المسلم
في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء اجيب قوله هو الجواب عن السؤال الاول المذكور انفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل
عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك
بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف وراس مال السلم في المجلس فان
قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه
فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام
هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل
ومفارقة الموكل معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فصح قبضه ووقع في بعض
النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف
والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه
فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا
قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **قال** واذا دفع الوكيل بالشراء
الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت امارتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا
بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع
المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من
الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله ولان الحقوق دليل آخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع
بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب
بالدفع لقبض المبيع كان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط لان يده كيد الموكل فاذا لم
يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى
البائع او لا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس في المسلم غير متصور وله
في ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك
لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط
حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون ليتم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه
وانما يتعين احدهما بالحبس فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عرفا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا
بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر
مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب
عند زفر فيجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر
زفر يقول منع حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس ثم صار غاصبا له اي لابي حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة
البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض
بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه
بالقبض كان عاملا لنفسه فيتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده

عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس
وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان البيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لا ينافي مدعاه وقوله بخلاف
المبيع لنفي قولهما يعني ان المشتري ليس كالبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي
بين الوكيل وبايعه واجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع
كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل فيل وهذا مغالطة على ابي يوسف
لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع بين الوكيل
والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد
لانه اذا فرض ان الوكيل بايع كان الهلاك في يد بايع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل
وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بايع البائع واذا انفسخ العقد
بين المشتري وبايعه لا يلزمه منه الفسخ بين البائع وبايعه فكان ذكره احدهما **قال** واذا وكل بشراء عشرة ارطال
لحم بدرهم ... وكله رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون من لحم يباع منه عشرة ارطال
بدرهم او مما يباع عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون
وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في باب الوكالة بالبيع
والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن
ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لانه انما اذا
زاد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف وباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة
فظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور
به وفيه بحث من وجهين الاول يجب ان لا يلزم الآمر شيء من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا
وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع واحدة
لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا بتعاله والثاني انه امره ان
يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني
لا يلزم الآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة خذ والقدة والقذوة واجاب عن الاول الامام حميد الدين ان في
مسئلة الطلاق وقوع الواحد ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه
واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية
بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وح كان
للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف
ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في القيمة قال لاني لا ادري
ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يمشي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو
مختار صاحب المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت
فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفوض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في
تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة واجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو
والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل خللا قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل المتنازع فيه بتوكيل بيع
العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة

وفي الثاني لا وانفسخ البيع صح

بدل ملكه فلا فرق بينهما ح واجوب ان الزيادة ثمة بدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً والحاصل ان ذلك قياس المسلم على
الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزايد لا يعتبد بطول الملك بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة لغوي الجزه
وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشتري هزيل فلا
يحصل مقصود الامر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه
اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم
صاحبه كساير العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غايب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة
فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلاً بشرائه فاشترى وهو غايب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل
لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظ وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف
اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امراة بعينها
اذا انكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح
الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه ان يقول تزوجتك
وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل ان اشترى
بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا
قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي
فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية في
الذخيرة والتتمة كذا واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل
انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الراي فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة
والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور مامورا بنقل عبارة الامر لا بشيء اخر وتوكيل الاخر او الاجازة ليس من النقل في شيء
فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانهما يحتاج فيهما الى الراي فاعتبر المامور وكيلا والمامور
حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا
فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل ويشتريه بمال الموكل وقوله هذا محتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان
يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المص وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى
مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان الامر حملاً لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم
غيره متنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان الثاني كان للمامور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع
الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة
فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة
لا محالة والاول اولى لان الاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للامر فهو له
او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال
الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان له المبيع لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل
له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة
الى ماله او بالنية له والغرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا
فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى للامر وفيه نسيه قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد
حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر

لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد
من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او
بحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على
الاضافة اولى بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين واجيب عن ذلك بانا
لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو هلك
قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة وقوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه
انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه
لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق
بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد
يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف ومن وكل
رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد معين او غيره والاول سيجيء والثاني اما ان
يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود
فالقول للامر لان المامور اخبر عما لا يملك استينافه بسببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد
وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت وما عندي لارادة الرجوع على الموكل
وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وسوراجع الى ما في عماوان
كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان
الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا
فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء داير
مع التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا راى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين عنه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج
عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان
التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه
واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراء
ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك ووقع المشتري له بخلاف ما اذا كان
العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الامر وهو منكر
فالقول قوله قال ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان رجل قال لاخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه
فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امره بذلك فان لفلان ولاية اخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة
عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون
للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلت خلاف الظاهر لا يصار
اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال لفلان لم امره ثم بدا
له ان ياخذه لم يكن له ان ياخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله
اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشتري لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء

وفيهما فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص
ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء
الا فيما لا يتغابن استثناء من قوله جاز شراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش
بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان
اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما
نصفين لوقوع الامر بذلك لانه فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى
شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما
بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء
الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة
واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي
من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكن يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن الناس فيه لكن لا بد ان يبقى
من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الامر ومن له على اخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا
معينا صح على الامر ولزمه قبضه او مات قبله عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا
عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر فهو له وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه
الامر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه
او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى
يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا
الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء
فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات
الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي عن الاصل
ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام
للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان يدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين
ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في كتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ
بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد في الزيادات
رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية
بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى
الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم
الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم
على قول العامة توقف بقاء الوكالة على بقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقف بقاءهما
وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول الاصح بقول بعض
المشايخ الذين حدثوا بعد الاصح بمائتي سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده

اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد
بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف
لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة
بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فتقوم
مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان انهما سواء في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت
هو تتمة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من
غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو
دين مثلا فاشترى زيد من اخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف اي بدفع
ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين
ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه
باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى
البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط
مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف
ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البائع
اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى
شيئا بدين على الغير ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا
بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه
في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء
عبد غير معين لم يتعلق بايعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الامر منه انعقد بينهما
بيع بالتعاطي فان هلك عنده هلك من ماله ومن دفع الى اخر الفا رجل دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري
بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي
الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان
كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للامر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر يتناول ما
يساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر
وان كان قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للامر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت
تساوي الفا وجب ان يلزم الامر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا
للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل نزلا منزلة البائع
والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ولزم
الجارية المامور وفيه طائلة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن ثم وقع الاختلاف اعتبر المخالفة والامانة واذا لم يقبض
اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والاسبق من اسباب
الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم
ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول
ابي جعفر الهندواني لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشاه لزم الامر

فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البايع ثمه غايب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرناه فان
المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمد معظم يمين التحالف وهو يمين البايع
لان البايع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو المنكر فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما
كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبايع بعد استيفاء
اليمين جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع بان البايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل
اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المص وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر قال في
الكافي وهو الصحيح

فصل التوكيل بالشراء

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من
مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شرى صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين
ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان توكل العبد رجل اشترى نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي
الثاني وكيل وكلام المص يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل
والمفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل [قال] واذا قال العبد لرجل
اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه
او لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال يتوقف على
وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمامور سفير حيث اضاف العقد الى
موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء
للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا لم يعين
فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه
فالجواب سيجيء بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمه فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له
والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح
قال في النهاية وهذا ظ فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف
اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف
اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المص ما يشير
اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل
بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشري العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت
الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة
وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان واما ما نحن
فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق
لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في
المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المص عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو
رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون
والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه ان توكله
بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح
ان التوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود فلا

فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل [قال] ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه المسئلة الثانية ومن وكل عبدا
بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا
ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر
بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله لغيره من اموال المولى
او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء
الثمن لم يكن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه
ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب لان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون
قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض
الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يتحول الى غيره الا باعتبار
وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البايع وما
ليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضاف الى الآمر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح
وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا
فالعبد اذا اضاف الى الآمر صح فعله امتثالا لا يقع العقد له قياسا على حر توكل بشيء وفعله وقوله فيفعل فهو للآمر ظاهر الى
ان العقد تم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يفيده الملك اذا
وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد
قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما ياتي فانه اعتاق على مال والواحد يتولى
طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن
اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب
بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة يستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى
نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل
العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على
مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي لم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره
فلا يجعل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ
حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب
بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته
بالنسبة اليه غير متصورة ورضا المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا
لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك
لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

فصل في التوكيل بالبيع

[قال] لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمه وجه وسوى باخر البيع
الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من
لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشية عند ابي ح بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة
الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر
في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل

لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى ...
ومع بحضرته لم يكن للبايع احتباسه ...

فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب من جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان يكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث تحل للابن وطي جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطيها ولا تحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستريدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما في العيب في ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا المولى حق في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته وتزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان تهمة ايثار العين فان قيل بالفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عدى عنها غيره فكان مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل

والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعوض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد والجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد وتسمية الاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن تنزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها عند التبرم من العين وعند ذلك لا تبالي بقلة الثمن وكثرته وكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او يظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا احنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه يملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما اذا رجح ابو حنيفة جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق وكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان مقابلة من العوض مثله في القيمة او باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي حنيفة وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالغبن فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب فلاحظ بعين البصيرة تجد المتصدي لتعليقه ان شاء الله تعالى

والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثلها الوكيل بالشراء يجوز ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او قد وجده خاسرا الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يحتمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يحتمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش وما عداه سوى في الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فان كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا او ضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه

واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف

بغير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع
ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز ولهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر
من الدليل اتفاقا في التوكيل بالبيع والفرق للح ان التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه اه
وفرق له ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه
صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي اطلاق الامر تقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان
يشتري العبد جملة ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال
الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبي عم
وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المعارف عملا
بالدلايل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس مع العرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى
ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على
البايع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا يخ اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن
فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا او القاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول
او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظ فلا يحتاج للرد اليها
وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون
العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء او الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول
النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رد
ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه
باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لانه حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت
او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور
لا يلزمه وهذه فايدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء
القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول فكان رده باقرار كان
رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعبر عنه بالبايع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد
حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبايع اي الموكل
ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما
فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة
على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمامور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد
في حق ثالث وقوله والرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفايت لم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان
ولم يذكره صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تاتيهما اذا عدم القضاء ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد
اذا اختلف الآمر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور
بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان

لان الاقرار

هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس في ذلك بموجود لان العقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون
التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد
ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك
ان تعمل في البز وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا
من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظ
المضاربة فكان دلالة الاطلاق قايمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث
يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر انفا ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة
عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير و
العرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال
عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي
على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى
حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض
الثمن فيها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا
قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن
القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا
لا يملك الموكل حجره عن القبض فصل وجه تاخر وكالة الاثنين عن وكالة الواحد طبعا واذا
وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد حيث
وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا
ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال
وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف
قوله والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الراي بعده فيجوز ان
يتصرف احدهما ووجهه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رايهما
احتمل ان يزيد الثمن ويختاران من هو احسن اداء الثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الراي الا في الخصومة فان
تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والراي يحتاج اليه سابقا
اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الراي والموكل رضي برايهما
ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرايين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله
او طلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امراته بغير عوض فطلق احدهما
وابى الآخر ان يطلق فهو جايز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكلهما برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج
فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن
صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فايدة لان حفظ الاثنين انفع فاذا قبض احدهما
كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض

حتى منه قوله وهذا اى جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى
رأيهما الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك
الآخر فان قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني
فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان
الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق
فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل
على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى
رأيهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل
ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتة في الآراء
وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول
واتفق الرضا برأي الوكيل ورد توكيله مناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوته في رأي الاول لما وكله
فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث
اختاره للتوكيل من بين يعرفه بالرأي والتصرف في المامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا ثمة من نفوقه
في هذا التصرف فعند توكيله مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا ان باذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان
اذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فقد رضي برأي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف
ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل لان
بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكر
ثمة فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع
اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب
الذخيرة قال محمد في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر
في وكالة الاصل في موضع الآخر منها وشرط الاجازة قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل
جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة
الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح
لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين
روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا
يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر او غايب
فاجاز الوكيل وليس ذلك صافيا في اشتراط الاجازة الحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غايب فقط واما في
تعليلهم فلانه معارض بان المقصود سواء الرأي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس لوكيل لانه
مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند
حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته
رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير
اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول
حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما

وان عقد الثاني

انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل
للموكل الاول حتى لو مات الموكل انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه
ويجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه
لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان
الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال هذا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر
الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض
الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت
في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل
ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي
ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف لها بالبيع او الشراء
لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جايز لا محالة
لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه
فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرفات المالية الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم
بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى
قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد
اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر
منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه
في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية
وذلك اي الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة متردد ولكونها معدومة في
الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان اسلم جعل كانه
لم يزل مسلما فصحت وانما كان ابو يوسف ومحمد كذا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خصوا لها بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار
ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس
بمهجور قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر وتقول
رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا
يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا يتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من
موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء
ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى
بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت لما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير
هذا التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت
منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر
لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام

الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكلهما
بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها
غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة
والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده
وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون
وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى به رضا بها
ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن
الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا
كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض
باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقامت عليه البينة
بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة يبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب
العوض فانها تقبل والرجوع تبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا
بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام
البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شرح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة
منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون ههنا كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل
مباشرة الشراء قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قال**
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة ههنا لكونه عين حق الموكل من كل وجه
فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى
بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض
خصم في قصر يده فيقتصر حتى لو حضر الغائب يعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك
اذا اراد الوكيل بنقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المراة البينة على ان زوجها
طلقها والعبد والامة على العتاق او من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان
تقبل في قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده
القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره **قال** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة
على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق والمدعى عليه فاقر بسوء عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة
ومحمد الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته
لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز
في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره
استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها اي الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر
بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة
غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض
الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة
قال في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا

الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل
قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم
فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا
وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصار الى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريا قطعا قوله ولو استثنى الاقرار
جواب عن مستشهد زفر ووجهه لا نم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم
نفي الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص
زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء
الاقرار دل على انه يعلم بتعين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى
وبحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصحح في المطلوب لكونه مجبورا
عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه
فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان
فلا يفيد استثناء الاقرار فايدته ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار
بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل
فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف
الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى
الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار
فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة
ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع
للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب للحقيقة ولا مجازا قوله ثم بعد ذلك شروع في بيان ماخذ
الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل
بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا
اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق
الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا
الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب
في مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله اجاب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة
فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير لانه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز
السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق
هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان ادنى تادية للمقصود قوله
لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الجواب
ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه
صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب
او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال
لاقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا **قال** ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال

بقبضه عن الغریم لم یکن وکیلاً فی ذلک ابداً الا بعد براءة الکفیل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوکیل لا ینقلب
لم تنقلب صحیحة کمن کفل الغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداءً لعدم القبول فلا تنقلب صحیحة واما
قبل البراءة فلان الوکیل من یعمل لغیره وهو ظ والکفیل لیس من یعمل لغیره لکونه عاملاً لنفسه فی ابراء ذمته کالمحال اذا وکل المحیل
بقبض الدین من المحال علیه فلانه لا یصیر وکیلاً لما قلنا ونوقض بتوکیل المدیون بابراء نفسه عما علیه من الدین فانه
صحیح وان کان عاملاً فی ذلک لنفسه ذکره فی الجامع الصغیر واجیب بالمنع مستنداً الی ما ذکره شیخ الاسلام ان المدیون
لا یصلح وکیلاً عن الطالب بابراء نفسه علی خلاف ما ذکر فی الجامع سلمناه لکن الابراء تملیک بدلیل انه یرتد بالرد وکلامنا
فی التوکیل بالقبض واعترض بان عمل الوکیل لنفسه ضمنی لکون الموکل اصلاً فی اثبات الوکالة والضمنیات قد لا یعتبر
واجیب بانا لا نم ذلک بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قیل فلتنتفها الوکالة لطریانها علیها کما لو تاخر
الکفالة عنها فانها تنتفها قال المحبوبی فی الجامع الصغیر الوکیل بقبض الدین اذا ضمن المال للموکل یصح الضمان وتبطل
الوکالة فالجواب ان الناسخ یجب ان یکون اقوی من المنسوخ او مثله والوکالة دون الکفالة لان الکفالة عقد لازم
لا یتمکن الکفیل من عزل نفسه دون الوکالة فلا یجوز ان یکون الوکالة ناسخة للکفالة وان جاز عکسه قوله ولان قبول قوله
دلیل آخر وتقریره ان الوکالة تستلزم قبول قوله وتقریره ان الوکالة تستلزم لکونه امیناً ولو صححنا الوکالة
ههنا انتفی اللازم وهو قبول قوله لکونه مبرئاً نفسه وانتفاء اللازم یستلزم انتفاء الملزوم فیلزم عدمه حال فرض وجوده وما
کان کذلک فهو معدوم ونظیره بطلان الوکالة فیما نحن فیه بطلانها فی عبد مدیون اعتقه مولاه حتی ضمن للغرماء قیمته وتطالب
العبد بجمیع الدین فلو وکله الطالب بقبض دینه من العبد کان التوکیل باطلاً لما بینا ان الوکیل من یعمل لغیره وههنا
لما کان المولی ضامناً للقیمة کان فی مقدارها عاملاً لنفسه لانه یبرئ به نفسه فیکون التوکیل باطلاً مسئلة ومن ادعی
انه وکیل الغائب فی قبض دینه ومن ادعی انه وکیل فلان الغائب فی قبض دینه فصدقه الغریم امر بتسلیم الدین الیه لانه اقر علی نفسه
لان ما یقضیه الغریم خالص حقه لان الدیون تقضی بامثالها فما اداه المدیون مثل مال رب المال لا عینه وقد تقدم
فکان تصدیقه اقراراً علی نفسه ومن اقر علی نفسه بشیء امر بتسلیمه الی المقر له فان حضر الغائب فصدقه فیها والا دفع الغریم
الیه ثانیاً لانه اذا انکر الوکالة لم یثبت الاستیفاء لان القول فی ذلک له لان الدین کان ثابتاً والمدیون یدعی امراً عارضاً
وهو سقوط الدین بادائه الی الوکیل والموکل ینکر الوکالة والقول قول المنکر مع یمینه واذا لم یثبت الاستیفاء فسد الاداء
وهو واجب علی المدیون فیجب الدفع ثانیاً ویرجع به علی الوکیل ان کان باقیاً فی یده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم یحصل فله ان ینقض وان ضاع فی یده لم یرجع علیه لانه بتصدیقه اعترف ان الوکیل محق فی القبض والمحق فی القبض
لا رجوع علیه ولانه بتصدیقه اعترف انه مظلوم فی هذا الاخذ یعنی الاخذ الثانی والمظلوم لا یظلم غیره فان قیل هذا الوجه
یقتضی ان لا یرجع علیه اذا کانت العین باقیة اجیب بانه امکن نقض القبض فیرجع بنقضه اذا لم یحصل غرضه من التسلیم واما اذا هلکت
فلم یمکن نقضه فلم یرجع علیه قوله الا ان یکون استثناء من قوله لم یرجع علیه یعنی اذا ضاع فی یده لم یرجع علیه الا اذا
کان ضمن المدیون الوکیل علی روایة التشدید بان قال له اضمن لی ما دفعت الیک عن الطالب حتی لو اخذ الطالب منی ماله
راجع علیک بما دفعته الیک او ضمن الوکیل للمدیون وقال انا ضامن لک ان اخذ منک الطالب ثانیاً ارد علیک ما قبضته منک علی
روایة التخفیف فانه یرجع علی الوکیل ح لان الماخوذ ثانیاً مضمون علی رب الدین فی زعم الوکیل والمدیون لانه غاصب فی
حقهما فیما یقبضه ثانیاً فکانه قال انا ضامن لک ما یقبضه منک فلان وهو ضمان صحیح لاضافته الی سبب الوجوب وهو قبض الدین
بمنزلة الکفالة بما ذاب علیه ای یذوب لکون کل واحد منهما کفالة اضیفت الی حال وجوب فی المستقبل علی المکفول عنه ولو کان الغریم
لم یصدقه علی الوکالة یعنی ولم یکذبه ایضاً لان فرع التکذیب سیأتی عقیب هذا ودفعه الیه علی ادعائه فان رجع صاحب المال
علی الغریم رجع الغریم علی الوکیل لانه لم یصدقه علی الوکالة وانما دفع الیه علی رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع علیه وکذا

فی یده باقیة ایضا فالجواب ان العین اذا کانت صح

وکذا اذا دفعه الیه مکذباً له فی دعوی الوکالة وهذا ای جواز الرجوع فی صورة التکذیب اظهر منه فی الصورتین الاولیین
وهو التصدیق مع التضمین والسکوت لانه اذا کذبه صار الوکیل فی حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع علی الغاصب
وقوله لما قلنا اشارة الی قوله وانما دفع الیه علی رجاء الاجازة لکنه دلیل الرجوع لا دلیل الاظهریة وفی الوجوه کلها ای
الاربعة المذکورة دفع مع التصدیق من غیر تضمین ودفعه بالتصدیق مع التضمین ودفعه ساکتاً من غیر تصدیق ولا
تکذیب ودفعه مع التکذیب لیس للغریم ان یسترد المدفوع حتی یحضر الغائب لان المؤدی صار حقاً للغائب اما ظاهراً او
فی حالة التصدیق او محتملاً وهو فی حالة التکذیب وقیل ظاهراً ان کان الوکیل ظاهر العدالة او محتملاً ان کان فاسقاً
او مستور الحال فصار کما اذا دفعه علی رجاء الاجازة فانه لا یملک الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفاً لغرض
لیس له ان ینقضه ما لم یقع الیأس عن حصول غرضه لان سعی الانسان فی نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم یذکر
المص ان الغریم اذا انکر الوکالة هل یستحلف ولا قال الخصاف لا یحلف علی قول ابی ح ویحلف علی قولهما لانه ادعی علیه
ما لو اقر به لزمه فاذا انکره یحلف لکنه علی العلم لانه علی فعل الغیر وله ان الاستحلاف یبتنی علی دعوی صحیحة وما لم یثبت نیابته
عن الآمر لم یصح دعواه فلا یستحلف وکذا لم یذکر ما اذا اقر بالوکالة وانکر الدین والحکم علی عکس ذلک یستحلف عنده
خلافاً لهما بناءً علی ان الوکیل بقبض الدین عنده یملک الخصومة وقد ثبتت الوکالة فی حقه باقراره ومن قال انی وکیل
بقبض الودیعة فصدقه المودع لم یؤمر بالدفع الیه لانه اقرار بمال الغیر بحق القبض فانه اقر ببقاء الودیعة علی
ملک المودع والاقرار بمال الغیر بحق القبض غیر صحیح بخلاف الدین علی ما مر ان الدیون تقضی بامثالها فکان اقراره
اقراراً علی نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها الیه فحضر الغائب وانکر الوکالة وحلف علی ذلک وضمن المودع فهل
للمودع الرجوع اولا فهو علی الوجوه المذکورة ان دفعها الیه مصدقاً لا یرجع وان صدقه وضمنه او سکت او کذبه فدفعها
الیه یرجع ان لم یکن العین فی یده باقیة وان کانت باقیة اخذها لانه ملکها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب ففی
جایز لما مر ولو ادعی انه مات ابوه وترک الودیعة میراثاً له ولا وارث له غیره وصدقه المودع امر بالدفع الیه لانه لا یبقی
ای لان مال الودیعة لا یبقی مال المودع بعد موته وروی صاحب النهایة عن خط شیخه نصب ماله ووجهه بکونه حالاً
کما فی کلمته فاه الی فیّ ای مشافهاً ومعناه لا یبقی مال الودیعة مال المودع بعد موته منسوباً الیه ومملوکاً له وتبعه
غیره من الشارحین واری انه ضعیف لان الحال مقیدة للعامل فکلمته یجوز ان یکون مقیداً بالمشافهة ای کلمته فی
حال المشافهة واما قوله لا یبقی مال الودیعة حال کونه مالاً مملوکاً له منسوباً الیه فلیس له معنی ظ والظ فی اعرابه الرفع علی انه
فاعل لا یبقی ای لان المودع لا یبقی ماله بعد موته لانتقاله الی الوارث فقد اتفقا علی انه مال الوارث فلا بد من الدفع الیه
ولو ادعی انه اشتری الودیعة من صاحبها وصدقه المودع لم یؤمر بالدفع الیه لان المودع ما دام حیاً کان اقرار المودع
اقراراً بملک الغیر لکونه من اهل الملک فلا یصدقان فی دعوی البیع علیه ولقائل ان یقول قد تقدم ان المسئلتین فی
فصل القضاء بالمواریث فکان ذکرهما تکراراً ویمکن ان یجاب عنه بانه ذکرهما هناک باعتبار القضاء وههنا باعتبار الاداء
ولهذا اصدرهما ههنا بقوله ولو ادعی وهناک بقوله ومن اقر ومع هذا فلا یخلو عن ضعف لان ایرادهما فی باب الوکالة
بالخصومة والقبض بعید المناسبة مسئلة فان وکل وکیلاً بقبض دینه ذکر فی الجامع الصغیر محمد عن یعقوب عن ابی ح
فی الرجل له علی الرجل مال فوکل وکیلاً بذلک المال واقام الوکیل البینة علیه فقال الذی علیه المال قد استوفاه صاحبه قال
یقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المص لان الوکالة قد ثبتت یعنی بالبینة لان وضع المسئلة کذلک
والاستیفاء لم یثبت لمجرد دعواه فلا یؤخر الحق الی تحلیف رب الدین لم یتبع الغریم رب الدین فیستحلفه رعایة لجانبه
فان حلف مضی الاداء وان نکل یتبع القابض فیسترد ما قبض ولا یستحلف الوکیل لانه نائب والنیابة لا تجری فی الایمان
وقال زفر احلفه علی العلم فان نکل خرج عن الوکالة والطالب علی حجته لان الوکیل لو اقر بذلک بطلت وکالته فجاز ان یحلف

عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف
الوارث يحلف انه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال
وان وكله بعيب في جارية اي اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري
بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل واما ههنا
فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابي حنيفة لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ
ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطأ بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا رد بالنكول
لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب
واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا
على الصحة لم يرد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا ليس
ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجد دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل
بخلافه بشهادة فهما في الاخرة على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة
نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل
الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التأخير الى تحليف رب
الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ
ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح
عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر
للنظر اذا كان غائبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على اهله
فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي من ماله بمقابلة العشرة الذي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل
هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه كما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى
من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع
فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل
بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه
من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم
الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالة حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة
فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وسوا ان يدفع المديون
الى رجل الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد الآمر
ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس شراء
فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا
فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل
في الذمة لم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا ايضا

باب عزل الوكيل

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر
المطلوب او لا لان الطالب بالعزل لم يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان
لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم
فكذلك لانه لا ايجاد للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المص وان علم ولم يرد ذكرها لم يصح في غيبة
الطالب لان بالتوكيل يثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو
المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل و
طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكره المص لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما
ذكرناه قوله فصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها
عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن
ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن
العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان
بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل
وعدمه على بطلان الحق وعدمه بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا
واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرته بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع قال
فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا
به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير
علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد
من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء او يسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له
بعد العزل فتضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال ويبطل الوكالة بموت الموكل
قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب
ففي الاول يبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ
اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل
ان يخرج نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من
نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك
من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء كما لا ينعقد منهم ابتداء ونوقض
بالبيع بالخيار فانه غير لازم ولا يتغير بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات
بطل العارض ويعز الاصل وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل
امر امراته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء
الامر وكلام المص عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق
في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى ذلك ابو بكر الرازي
عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية
عن محمد وقال محمد لا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فيكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر
امر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة فارتدت

فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقبل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها
تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل يثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان يكون
مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا لانها لو كيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا
وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشرا بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم
واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما يليه بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق
ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب او المأذون له
بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب تابعا ما دليه ولد ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان
وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل
احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم
جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة
بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يليه في الوجه والجواب ان احد المتفاوضين
اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطل جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي
مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيهما كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يليه كان لتوكيله جهة كونه شريكا
لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه
استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد
حصوله باثنين وكلام المص ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفي ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري
في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطلها
كانت في هذا على تقدير صحته تخص بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب قال واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا
والمص عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما
قال المص هذا عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا يعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه
ان للوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف
بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة المصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العوارض
وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا يرجع الى تخصيص العلة
ومخلصه معروف ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان الوكيل تملك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما ملك تنفيذ
تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تملك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل
مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت
الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى
فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان
ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل
له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت
بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة

الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت
الوكالة بقديم ملكه فتعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل
على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق
الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند
عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جوز ذكرها في هذا الموضع قال ومن وكل آخر
بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات والاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله
باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو زوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة
وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها
بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة
وانقضت لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت
في العدة والاصح ان كان الموكل به قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها بنفسه
لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله
ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه بنفسه منع له من
التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان
يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وقد زال بالخلع ما اذا وكله بالهبة
فوهبت بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير
اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان
ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء
المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى
وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا ان كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء وان ادعى انه وكيل هذا
الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحة فيها وجوب الجواب على الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها
ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها
كثرة قال المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الدعوى لا تتحصل الا من مدع على مدعى
عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى قال النبي عم البينة على المدعي واليمين على من انكر فلا بد من
معرفتهما وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا
تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى
عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة
ونعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا
واقرار الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعى هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه
يريد قراره على ما كان ونعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر

لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو
ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد
بالعكس بانه يدعي ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا اصح لما ورد
من قوله عم اليمين على من انكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق
من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون
الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع
يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا لما فانه ينكر الضمان والقول قول
المنكر مع يمينه قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى
فلابد من ذكر ماهيته من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا لان
فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى
مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في
المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف
فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه لان الصحابة فعلوا كذلك
فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تع واذا دعوا الى
الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب
فان حضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما قلنا من الاشارة اليها ولزم
عليه اليمين اذا انكره وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب قال وان لم
يكن حاضرة لزم ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما
وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد
والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيدا او قوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف
بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث شرط مع بيان القيمة ذكر
الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي ح لان حق المالك قائم في العين
المستهلك عنده فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب في ذمة
المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لابد من بيان المستهلك
في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلابد من ذكر الانوثة والذكورة ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود
في دعوى العين المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة قال فاذا ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى
عقارا فلابد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما
يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف
ولابد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي ح وابن ابي ليلى فانه يستغنى عن ذكرهما ولابد
من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي ح على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود
الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع واثبت في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف
به اي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا
في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط وكما يشترط التحديد

في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني فلابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار
لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه
في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم القاضي
انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي
بان العقار في يد المدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي
الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة
حقه فلابد من طلبه حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه
بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في
يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ
في المنقول يجب ان يقول وهو في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في باقي الصورتين بحق وان كان المدعى
حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر
فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا
او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك
وفي الجملة في ذلك جنس الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف قال واذا صحت الدعوى واذا صحت الدعوى بشروطها
سال القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او تبصيرا له
بعرضيته ان يصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما
اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا
بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة
المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب
فيها فاذن لابد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سال فان اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي
البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء
التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به
قوله عم لك يمينه ولابد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه
قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان
الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف
ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتبت اليمين على البينة لا العكس لان نفس الدعوى
ليست بموجبة استحقاق لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالاخ وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات
استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكر له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه
اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين ومن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر

باب احكام المتعلقة باليمين

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب
اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة
حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي ح وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو
قوله عم لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي ح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عم

للمدعي الك بينة فقال لا لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لانه عم قسم بين الخصمين
فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه قوله وجعل جنس الايمان
على المنكرين في قوله عم واليمين على من انكر وليس وراء الجنس استدلال بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسياتي قال ولا تقبل
بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك
المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء
من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصور يقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل كما انتقض مقتضى القسمة حيث
قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ
فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب
عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة
تصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاماها على نتاج
دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في
يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على
العتق وكذا في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان
البينة يظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل
الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها يثبت الملك ويظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فان
قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة
بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات
الثابت لا يتصور فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل
على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فرجح احديهما باليد فان قيل كان الواجب
ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها يثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب
بان بينة النتاج لا يوجب الاولية الملك وفيما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له قوله وكذا على الاعتاق اي اليد
لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء الثابت
بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واخيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما
وفيما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد يحكم بيده قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى
الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به وان نكل انقطعت
المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا
ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو عند
ابي حنيفة او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عم واليمين
على من انكر وكلمة على للوجوب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع انما يحل اذا لم يفض
الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تع قال واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء بالنكول مخالف له وقال عم البينة على المدعي واليمين على من انكر
ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعي عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فتعود اليمين الى

الى جانب المدعي ولهذا بدأنا في اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان
مدعيا اجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه
والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك كما روي عن علي انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه
خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له
علي قالون وهو بلغة اهل الروم احسنت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان
مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك
يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا يرد اليمين على المدعي
قال وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا
قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة النص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه كما يلزمه بالنكول
وهذا من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان لكل خلافا فيه لما تعرض مرة ثم العرض ثلث مرات اولى وليس شرطا لجواز القضاء بالنكول بل المذهب
فيه انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط
والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح
احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول
القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة
ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي قال واذا كان الدعوى نكاحا اذا ادعى
رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت
او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى
المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها
انها ولدت منه وهذه لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها
او ادعت المرأة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في
هذه كلها عند ابي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في
الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب
باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد
الثلث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ
بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل
اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه
ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر
في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث
ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه
بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بذل منه فوجه الاقرار
ما تقدم ووجه كونه بذلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت
وان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه
اقرارا لا ترد على تقدير كونه بذلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي ولا يلزم ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع

الكلام

مايدعيه الخصم لان اليمين لاتبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن ازاله باذلا اولى كيلا
يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لايجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي لن
يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت نفسي وابحت له
لايصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى نقضا كما لو صالح عن انكار واستحق بدل
الصلح فانه لايضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لايصح الثالث ان
الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لايجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد المأذون يقضى
عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى
لان البذل لايعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل
وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجع بما في الذمة وعن الثاني
بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لايجب الا بالبذل الصحيح واما ما كان
بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لايوجب بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لانسلم عدم صحة البذل من المأذون
بما دخل تحت الاذن كاهداء المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لانسلم ان البذل فيها غير عامل بل هو
عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتحرز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز
عن اليمين قوله وفائدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشياء لايجري ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء
بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لايجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله الا ان هذا بذل جواب سؤال تقريره لو كان
بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لايملكانه وقد ذكرنا وجهه الثاني انهما يملكان مالا بذل له من
التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك قوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما اجري في الدين لانه وصف في
الذمة والبذل لايجري فيه ووجهه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان كان من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان
الاول فلا مانع منه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع
فان قيل فهلا جعل في الاشياء السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف
تلك الاشياء فان امرها ليس بهين حيث لا تجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة غير
الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى
قال ويستحلف السارق اي اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه
يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له القاضي
الحدود لايستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال قال المحقق
فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولايثبت به فصار كما اذا
شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة
طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما
اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لايتفاوت
بين ان يكون في كل المهر او نصفه وقوله لان الطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح
اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولايثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت
النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لايجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى
على رجل انه اخ المدعي عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه

لايقال لم ترك حديث المشهور لقوله عليه السلام واليمين على من انكر بالراي وهو لايجوز لانا نقول لم ينف وجوب اليمين لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدة وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود صح

فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحر في اللقيط بان
كان صبيا لايعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حريته تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها واردت استحلافه
فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي تريد بذلك
ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولايثبت الاخوة قوله لان المقصود بهذه الحقوق دليل
المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لايجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت
باقراره كالاب والابن في حق الرجل والام في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى
والزوج فان دعواهما يصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا
في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف
المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس تحبس
حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان
امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه
الخطأ واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لايقضى بشيء
لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشتبه الخطأ فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها
فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول
وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا
الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للتخفيف للقاتل بسلامة نفسه
والمقتول لصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهتها بالخطأ وله ان الاطراف تسلك بها مسلك
الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لايجب الضمان وليس
ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لايجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وفي الدية في
فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال
خذ مالي اجاب بقوله الا انه لايباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله وما نحن
من البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في الشرح
ان القطع لايثبت بالنكول والثاني ان الخصومة يندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان
الاطراف تسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في
السرقة خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل
وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر بما ذكرنا ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز
فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا
او يحلفوا قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه
مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعط كفيلا عن نفسك ثلثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة
بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجهه ان الحضور
بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر
المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلثة ايام فروي عن ابي حنيفة من غير فرق بين الوجيه
والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه قال اذا كان معروفا الظاهر انه لايخفى شخصه

بذلك الغدر ولا يجبر على ذلك وانما سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعي يجبر الا يخفى المرء بنفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر
بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود
وذلك في الهالك مح والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة بقدر ان بمقدار
مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر يمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سنذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تع

باب صفة اليمين لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء
وهي ما يقع به المشابهة والمغايرة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلا
فيه ظ قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز بعضهم ذلك في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين
بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا
بالقصر اسم اعجمي روي انه عم رأى قوما مروا برجل وامراة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا
وهو حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف
اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه
حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين
الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك يشترط
يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا نوع آخر
من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان
الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على
الحاصل عند ابح وم وعلى السبب عند ابي يس الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت
ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني اما جر
بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد
المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وهو
بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد
واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري
لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب
يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب
بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشرى اذا ثبت ثبت الحق
وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او
النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي باين منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع
قايم في الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند ابي يس يحلف على السبب قال ومن ورث عبدا
وادعاه آخر يستحلف على علمه وهذا نوع كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد
سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق
مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع
وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا
بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعي لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على

ذهب

على البتات في صور القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البايع تسليم
المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم
لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على
البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا
الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله لثبوت الملك سبب اختياري باشره بنفسه فيعلم ما صنع
قال ومن ادعى على آخر مالا ومن افتدى عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور
عن عثمان ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوايد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا
وافتدى يمينه ولم يحلف فقال الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يمين فيقال هذا بسبب يمينه
الكاذبة وذكر مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف فترافعا الى عمر في
خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المومنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة الاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد
احلف انها كما يقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة الاف قال فما منعك
ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي
والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له ان يستحلف
بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشرى عقد تمليك المال بالمال
واليمين ليست بمال

باب التحالف راعى الترتيب الطبيعي فاخر
يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة
وادعى البايع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البايع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة
قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه
وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان
اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في المبيع والثمن جميعا فقال البايع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه
معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات و بهما
جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا
وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما
البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البايع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته
على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا البيع ويقول
للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علما به تراضيا فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على
وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل
منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا
لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكر فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص
وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف
للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او تعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو
قول م وابي يس آخرا ورواية عن ابح وهو الصحيح دون ما قال ابو يس انه يبدأ بيمين البايع لان المشتري اشدهما انكارا لانه

المشهور صح

اول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار
تقدم في الذي يترتب عليه اولان فايدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع تاخرت المطالبة بتسليم
المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن
ابي حنيفة رح وهو قول زفر بقوله عم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه عم خصه بالذكر واقل فائدة
التقديم يعني انه عم جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا اقل من الابتداء بها وان كان العقد مقايضة
او صرفا بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله
ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان
الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر
لان ذلك لا ينافي التاكيد فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من
الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم
قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال في
المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا وصحة
البذل في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض
واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما والقول قول البايع وقال زفر والشافعي يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل
والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل
وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بعدهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في
الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون
الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف
بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل
بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول
لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل به ولو اختلفا
في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي واذا
اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه فان هلك المبيع ثم اختلفا فان
هلك المبيع بيد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف
والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف
لا تفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا تعارض
ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قائمة فان عند ذلك يتميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال
ولا كذلك بعد ذلك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد
منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال
قيامها يفيد التراد ولا فايدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف

التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع عليه بالنكول واذا حلف البايع اندفعت الزيادة المدعاة عنه
فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري
رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق احدهما بالاخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق
بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه
المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل
البينة لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى على انه معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط
واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة
لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى
الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة
والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا اثر له فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا
افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البايع شيئا ينكره
فيجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود
لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور
في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعى جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة
ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا اثر
به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فايدة للتحالف
وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا
في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة
وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فايدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك
ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة
وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البايع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف
درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند
ابي حنيفة رح الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف ما بين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ
في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا معنى
الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور
في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البايع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير
ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اخر زايدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا انصرف الاستثناء الى يمين المشتري
لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المص يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح
كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام
انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البايع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري
انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تخريج

المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما نبينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك
كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى وللجواب ان هلاك البعض يحوج القسمة بالحزر وذلك مجهول في المقسم عليه
فلا يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب ولا يخفى ان التحالف على خلاف القياس في حال
قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه
لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز ولعلك تفطن بما ذكرنا احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس وفيه اشارة الى
الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول
لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند
الكل ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر
في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد وكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في
الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف وهو كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد
ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف اه وانما لم يختلف صفة التحالف في الصورتين
لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر
القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في
قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في
الهالك وهذا اليمين يصح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف وكان
صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف
البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب
اذا انفسخ العقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري
على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري
نصف الثمن الذي اقر به المشتري وسقط عنه الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا
على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال
المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض
دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة
الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة
والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال
ظهير الدين هذا اشكال هايل اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التجشم ان ما
ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك
لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض
على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف

في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين واقول
الاصل فيما ملك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر قيمته يوم القبض
لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة
انفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود
المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم
القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا
لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر بدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان
في قيمة الهالك ثم ذكر المص ما هو على قياس من سوى وهو ظ مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا
بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان
الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة يبتني على امر جاز ان يجمع
من الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فتبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة وتبنى البينات
على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او
بلجئة او غير ذلك واذا ظهر ذلك هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر اذ هو اعلم بحال نفسه وان يقبل بينته لانه مدع
في الظاهر واذا اقام البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على
احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعى فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب
انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله
وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع
الصغير قال ومن اشترى جارية ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع
بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع
كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ
فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله فنحن ما اثبتنا التحالف بالنص
لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة
الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا يقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء
المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما
اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة
مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف
عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي ح
وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه
الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فايدة
التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف
الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا يرى ان رأس
مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك

بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس المال هو ينكر واما هو فلا يدعي
على رب السلم شيا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا
القول لمحمد في اجرا التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم
فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ **باب** واذا اختلفا الزوجان في المهر
اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته
لانه نور دعواه بالحجة اما قبول هذا المراة فظ لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان
عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلايخ اما ان يكون مهر المثل اقل
مما ادعته اولا فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها
لا تثبت شيا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف
في اعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو
ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليفسخ معناه سلمناه لكن فايدته فسخ العقد
والنكاح لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح
وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقا العقد
بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل
والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله لقطع النزاع فان مثل ما اعترف
به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما قالت لذلك
وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه
قال المص ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار لها مع وجود التسمية لانه موجب
نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا
كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان بينهما ففي ثمة وجوه
واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول
قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية
وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل بمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي
ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان
وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره
يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى
مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا
اختلف المتبايعان في الثمن بمعرفة من يشهد له الظ كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل
امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما ويبدا بيمين
الزوج عند ابح وم تعجيلا لفايدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم
اولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يو وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا
ان ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية
فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال فخ

فخ الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل
يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب القيمة **باب** وان اختلفا في الاجارة
واذا اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل استيفا كل المعقود عليه او بعد ذلك او
بعد استيفا بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة
فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر لذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد
منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا
وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفا المنفعة نظير البيع
قبل قبض المبيع في كونهما عقدا معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه
منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدا بيمين الاجر لتعجيل فايدة النكول فان تسليم المعقود عليه
واجب اولا على الاجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروط التعجيل فهو
الاسبق انكارا فيبدا به وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة
فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الاجر لذلك وايهما نكل
لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابح وابي يو ظ لان هلاك المعقود عليه
يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فايدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه
او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة واما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين
واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا
يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه المستحق عليه وفي الثالث تحالفا
وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف
الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفا المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع اذا
هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفا ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع
لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل **باب** واذا اختلف المولى والمكاتب في
مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابح وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن
فيتحالفان ولابح ان الكتابة عقد معاوضة ويجب البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال
وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من المبدل
وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري
يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة
فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر بما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر
باب واذا اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة
والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجر وهي ما تشده المراة
على استدارة راسها كالعصابة يسمى بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهو للمراة مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام
التمرتاشي الا اذا كان الرجل صايغا وله اساور وخواتم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فح لا يكون مثل

هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار
فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر
الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح النساء
فهو مستعمل النساء فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في
الآلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان
المراد ما هو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما
على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات
احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه
يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كان ما يصلح للرجال
فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف تدفع للمراة ما يجهز
مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى لجريان العادة
بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره وكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام
مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا او لورثته ان كان
ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحلوح
واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع
للحر في حالة الحيوة لان الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى وهذا
قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك وللحي منهما بعد الممات كان او
مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات قال شمس الائمة
وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمص اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن
المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات
ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة
استويا فيه فكذا لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت
باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما **فصل**
لما ذكر من لا يكون خصما عقبه بمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر
من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قال** وان قال المدعى عليه
هذا الشيء اودعنيه اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي
او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا يندفع وان
اقامها وقال ابن ابي ليلى يندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة
وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل
مجهول لا يعرفه او رجل يعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول يقبل شهادتهم وفي الثاني لا يقبل بالاتفاق
والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة رح وهذه خمسة اقوال ولهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت
بذلك للوجوه الخمسة المذكورة انفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينة ان يده ليست
يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينة الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ

ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر
والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو
خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل
لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة
البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به
ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة
الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان تحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره
فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بالحجة لا يقال يلزم
اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار
ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه
الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا تقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت
بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي
حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة يتضرر المدعي واما الفصل
الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الخ فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه
وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله عم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف
اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رح ان المدعى عليه اثبت ببينة ان العين وصلت اليه
من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين رح ان المودع غير المدعى عليه فان الشهادة تفيد ان يده
ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة ولكن على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا
تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت
الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة المدعى عليه
وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء
اودعنيه فان الاشارة الحسية لا يكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة
لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة
بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى يقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي
بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تحول
عنه الخصومة **قال** وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم
لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف لكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة
على الوديعة لا يندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا اصحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد
بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق
فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان تكون له فيكون خصما
وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام
ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم يندفع الخصومة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد يندفع لانه لم يدع الفعل
عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده

الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء
اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصماً وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم يقطع يده لظهور
سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته
بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهور قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقاً احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال
غصب لانه لا حد فيه يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقط الخصومة
من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم
المدعي البينة ان فلاناً وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ من ذكر حكم الواحد بين المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين **قال** وان ادعى اثنان عيناً
في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من
الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين
في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما ويصار الى القرعة لانه عم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب
ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عم واقاما البينة فاقرع رسول الله عم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك
بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عم
واقاما البينة فقضى به رسول الله عم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة
فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عم اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم
ثم قضى به رسول الله عم بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ
بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له وكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة
قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احديهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة
اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك
بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن
وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلاً وتساويهما في سبب الاستحقاق **قال** فان ادعى كل منهما نكاح
امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما او لا
فان كان ذلك فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثمه بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت
لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امرأته
لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح
اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عياناً وان لم يذكرا
تاريخاً لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فانها اقرت
له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت
الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان
لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول
وليس الكلام في ذلك وايضاً فقد ذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عياناً ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا
ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا اقر احدهما والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر واقامها على مثل
ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقاً فيقضي

له لان ظهر الخطأ في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج مر بيانه **قال** ولو ادعى اثنان كل واحد
منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص معناه
من صاحب اليد احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير تأقيت فلكل واحد منهما بالخيار ان
شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما
في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه
وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل كذب
احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلاً في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان
اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد
سبباً في وقت اطلق له الشهادة به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر
ان يأخذ جميعه لانه صار مقضياً عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد
ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضياً عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف
المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له
ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له
ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين نافلاً عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لانه
لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد
فاندفع الآخر به ولو وقت احدهما دون الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخاً لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه
يدل على سبق شراه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية
ان ما مع البعد بعدية زمانية فهي بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات
فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شراه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون
شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه قدم تاريخاً وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في
الاثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق
بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان
كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولاً فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد
فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الآخر يعني بينة الخارج وقتاً وذو اليد اولى لان بذكر الوقت
لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود
الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء والآخر
هبة وقبضاً قال المص معناه من واحد احترازاً عما اذا كان من اثنين كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرى اولى
لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة
ثابتين معاً والشراء اثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض
وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضاً والآخر صدقة وقبضاً
فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا يقبل الرجوع
دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل اي بما يظهر اثره

في باني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى
قائم في الحال هذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند
البعض لان كلا منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا
يصح ولا يقضي لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول الامام اما عند
ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لا
لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز البتة لا على
عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقبضها القاضي ومعنى الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها فافهم واذا
ادعى احدهما الشرا اذا ادعى احدهما الشرا وادعت امراة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما
على السوا يقضي بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة على زوجها
نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشرا اولى لان العمل
بالبينتين مهما امكن واجب لكونهما حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بهما لان الشرا بعده يبطل اذا لم يجز
المراة وان قدمنا الشرا صح العمل بهما لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه
فتعين تقديمه ووجبها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب
ملك العين والنكاح اذا تاخر يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشرا فهما سوا في حق ملك العين واذا ادعى رهنا و
الآخر هبة وقبضا واقاما فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لا تثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون
وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من
الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان
البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى
الملك الا من جهته والفرض ان الآخر لم يتلق منه وهذا قول الامام وابي يوسف آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضي بينهما
ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر عن الامام انه يقضي بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند
حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضي لمن ارخ وعلى قول محمد يقضي لمن لم
يورخ لانه يدعي اولية الملك وسياتيك تمام بيانه ان شاء الله تع ولو ادعيا الشرا من واحد واقاماها ولم يورخا
او ارخا وتاريخهما على السوا قضي بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له
فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب
من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما دون الاخرى على ما يذكر
بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس بزيادة فايدة فانه لا تفاوت في ساير الاحكام بين ان يكون ذلك
الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب
اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر كان اقام احدهما على الشرا من زيد مثلا
وآخر على الشرا من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سوا لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا او ادعيا او ارخا تاريخا
واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا
ترك ولو وقت احدهما دون الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر
اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم

به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم
عليه شراء غيره ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله انهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى
الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن
ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شرا غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البايع اذا كان
واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يعتبر وان تقدم ملك
فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا
ضعف قوة القوة عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشرا من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق البالحة بطريق التغليب لان البائع واحد
من المملكين فكان المراد من مملكيهم فافهم وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وان اقام الخارج البينة على
ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند الامام وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل
بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت
اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل
على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر
سوا بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشرا واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سوا كان البائع
واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد
ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى يندفع عنه
دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بمناسبته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع
بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كان الدار
في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول الامام وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا من الدليل في
الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول الامام ومحمد الخارج اولى
وقال ابو يوسف وهو رواية عن الامام صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احديهما
كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع
ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احديهما لم يحصل اليقين بان
الآخر تلقاه من جهته لامكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم
وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مورخ والآخر على ملك مطلق الملك فانه يسقط التاريخ
عندهما خلافا لابي يوسف وقيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم تقبل
بذلك والآن المسئلة الاولى واجيب بان ذلك ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة
بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سوا يقضي بينهما نصفين عند الامام وقال
ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد
المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب
الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين وللامام ان التاريخ يضاهه اي يزاحمه عدم

التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث
ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ
ايضا كذلك فاستويا في السبق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا
ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار قوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما
لما اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ
قال وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج فذو اليد
اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد
لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذا اليد لا يثبت بها
استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد
وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج
او بعد اما قبله فظ واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا
ظهرت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما ترجح على بينة
الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة
الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا
فكانت اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا
لما يقوله عيسى بن ابان انه تهاترت البينتان وترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين
لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحته ذلك ان محمدا ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج
انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي تيقن بكذب
احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء
على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في
التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل
فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي
اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على
الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت
للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها يدل على اولية
الملك فلا يثبت التلقي للاخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى
له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة
في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بينته قضي له بها لتقدمها بينة ذي البينة على بينة الخارج في
النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء
لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا
استحسان وفي القياس لا يقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة
على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فلا يكون مقضيا عليه فان قيل
القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى ترجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء

قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي
اليد قائمة عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء
فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال
وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس كما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى
في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر ان رجلا ادعى ناقة في
يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلعم بها للذي
هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه كان كدعوى النتاج كما
اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من
شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا بانه صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا بانه
ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج
من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضي به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل
ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه
ملكه غرسها او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام
عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد
اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فيميز الحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به
فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج كما روينا فاذا لم
يعلم يرجع الى الاصل قال واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد اولى لان الخارج ان
كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه واذا اقام
الخارج البينة انه اشتراه من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد
ذي اليد قال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها
من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد
اولا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وهو لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
من المشتري بالملك للبايع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو
الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد
الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي لزوال ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فبقي
القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان
كل واحد موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن
على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود
وعند محمد باعتبار ان بيع كل منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر
لاحقا واذا جاز البيعان لم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول تساقطا فتبقى اليد على صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان
الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن وان وقت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون

الخارج اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض قضى بها للذي اليد عند ابي ح وابي س فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع
قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بايعه بعد ما
قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين يعني سوا شهدوا بالقبض
ولم يشهدوا واما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر
بالتسليم اليه والمص جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض
وسلم ثم وصل اليه بسبب اخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض وان اقام احد المدعيين شاهدين
والاخر اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سوا لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا ترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما
علة بنفسه والمفسر ترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة ترجح
على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد
نصاب كامل واذا كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر
نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي ح اعتبارا بطريق المنازعة
وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي ح ان المدلي بسبب صحيح
وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام يعني اخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه
وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له
باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة
بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره
وفضولي اخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا المخرج الاتفاق بينهم
على العول وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى
شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة
بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد
من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشرى الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي ح سبب استحقاق كل منهما هو
الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فنقول
مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلثة
ارباع الدار والمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شايع
فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل
منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب لذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف
بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسائل نظائر واضداد لا يحتملها المختصر قال المص وقد ذكرناه في الزيادات
فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد
المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي ح بطريق العول
اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج ولو كانت دار

في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما
حملا لامور المسلمين على صحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا
يدعي على الاخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار
نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فيقضى له
بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده
واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا
وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان
احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها للذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده
او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ
تهاترت البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين
بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع
حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما ذكر
محمد من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت
على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار
ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما
وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت
بطل البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة
الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما
نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة وتعليل
هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوي بلا حجة واتفاق الفريقين
على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهما سوا لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفان **فصل** لما فرغ عن بيان وقوع الملك
بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان الاول اقوى ولهذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد
واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان
الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل
الناطفي هذه الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها
بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو
تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على
البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس في ايديهما ولا في يد غيرهما
وهما ما يدعيانه على السواء فترك في ايديهما ولهذا افترق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما الا طرق

الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في
مكانها الذي ثبت يد المختط له عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد
لا تجوز القضاء لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه
في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا
ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة
القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه
فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم يعرف فهو عبد ذي اليد وان نفاه فقال انا حر
فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انه عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد
لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة واقواله فيها غير موجبة كالطلاق
والعتاق والهبة والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان عند معارضته اياه
بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر فيكون القول له قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان الثاني
فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط
لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من حال العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان
الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط
امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل
يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن
القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره وان كان الحائط لرجل واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او
متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم
ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردوك فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي
ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها
حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الآخر
واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان
من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع وقوله والهرادي ليس بشيء يعني قول
محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف
وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما
عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضى به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه
في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه تجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما
جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة
كما يبنى للاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار قال فيه
الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المص وفي رواية
كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبة حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع

موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة
بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما نذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط
في موضع القبل الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله والقياس
رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلثة اه يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين
وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم
استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه رواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من
كل احد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى
فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه تبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة
الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذه الوجه
كان جائزا واعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما
نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع
وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وضع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه
اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لان صاحب التصرف
وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي ويروى
ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله لعدم القائل
بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها
لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب
الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد
آخر واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة
وغيرها ولا معتبر بكون احدهما اخرج اجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا
تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب
حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب
ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالنفي والشرب يحتاج اليه لاجل الاراضي
دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيتقدر به على كثرة حق له فيه واما في الساحة فالاحتياج الارباب
وفيما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب
الدار واذا ادعى رجلان ارضا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد
واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير
مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها غيبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام
الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في
اليد ومن كان خصما باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينة مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني
فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم
يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بنا على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا
كانت الدار في ايدي ورثة الحضور كبارا وادعوا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسم بينهم

فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم قال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما
قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل
الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فلم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما
يمين صاحبه ما في يده حلف كل واحد منهما ما في يد صاحبه على البتات فان حلف لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن
دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل
احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا
صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما يبني فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال
ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه
واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من
ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او ما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او
المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن
البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان دعواه مناقضا
فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم يكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب
الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان ان اتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان
الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب
عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك
العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه
قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية
ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري
وان ادعياه معا ثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار
الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة
والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف
دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين
من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه
اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول ثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح
ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام ولد له واذا
لم تصر ام ولد بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده
صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فاما
ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم يقبل دعوة البائع فيه لاحتمال ان يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان
صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام الولد كما في مسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في
الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل اولى و
يكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه
معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة واما اذا لم يعلم انها
ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع
وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق
في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعيا معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد
عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري
فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان
المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري
صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما
فان مات الولد فادعاه البائع الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه
بالدعوة ويبقى بثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم
يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد واخذه لانه اصل [illegible]
اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية
القبطية ابرهيم من رسول الله عم الا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم
يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا
بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر
في المبسوط رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع
الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب
الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه
المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني [illegible]
حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر وفي الفصل
الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته
في الاصل وهو الاول فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان
الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد ضرورة انه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل
البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت
العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها
فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج
امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع بانه ولده
قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي التبع قوله وانما كان الاعتاق
كما تقدم بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب
في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس بفعل احدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا

الوجه ورد بما اذا ابتاع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع
الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم
ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كانا
كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق و
هو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زايد
فان عورض بان البايع اذا ادعى النسب الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب
بانه غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستيلاد فان الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض
بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب
بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن
ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد
فيه فانحطت عن درجة الحقايق فقلنا باخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت
به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل عن ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل من الجامع الصغير
من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن سو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل
الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت
وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه
عبرة واما في فصل الموت فلم يكذبه لم يرد الحكم بخلاف ما زعم البايع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المص هو ما ذكره
شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل
في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد
الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله
حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا احدث
في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر
ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب
الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض
لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت
النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت
بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البايع فمتساويان في ان الثابت
بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت
البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له
فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه ظ وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع
احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان توأم وتوأمان وقوله وبطل عتق المشتري
ان كانت الرواية بكسر الزاء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظ وقد تقدم الكلام فيه سوالا وجوابا
قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة

الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسئلة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري تبعا لحرية حرية الاصل لا حرية التحرير
فالضمير لحرية راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله ثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحرية وانما
ابدل به اشارة الى سببها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل
العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاصل
بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة
التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوأمين وابوه الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان
جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان
المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملك حافده فيعتق عليه ولا كلام ح
مع دعوة التحرير واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغايب
ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم يصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا اما حالا فظ لوجود المانع وهو تعلق
حق الغير واما استقبالا فلان الغايب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب
ففي الوجه الاول والثالث لا يصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني
لم تصح دعوته عند ابي ح خلافا لهما فالاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو
هزل به فاذا رده المقر له صار كأن وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يوجد الاقرار وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري
على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد
ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد
الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابي ح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا
بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار بالنسب يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اذا
اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له وتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما اما الاول
فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر
الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها
لا يصح وكذلك اوردها المص وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي ح خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب
عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا تنهض شاهدة سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء
من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة واما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتعرض لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب
فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولاء
مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا له
حيلة على اصل ابي ح فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو
ابن عبد نصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب
ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام
اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى
ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفر آبائهم مع ظهور
دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل

ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تع ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم وتدعى النسب
اب لان دعوة لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثيرة فكانت
اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة
لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب منهما فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب
فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى
على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في
البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت
بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب
المعروف والوالدين لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام
في الترجيح لا محالة والجواب انه بقوله اقام البينة على المدعى لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه قال
واذا ادعت المرأة صبيا اذا ادعت المرأة صبيا انه ابنها فاما ان يكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة
ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان
كذبها لم تجز دعوتها حتى شهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة وشهادة القابلة
كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة
القابلة على الولادة وان كانت معتدة محتاجة الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج
وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب
منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء
كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول قوله فيه من غير بينة
وكل من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم
التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه
بتصديقه وباقي الكلام ظ قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور
من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم استحقت الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف
بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا
في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام
مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص
ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين
واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل بيان بسبب
الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا تضمن الا بالمنع
ويعتبر لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك
مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابنه لانه حر الاصل في حقه
فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل
في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو

لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله
كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن
للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع
به عليه لانه لزم باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامتها فصل
قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى تبع ذكر ما تعقبه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر لتناسب
وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية
للصلح قال الله تع وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال الا بالاقرار او
بالصلح فقام صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يسترجح منه او لا فان استرجح منه فلا يخلو اما ان يسترجح بنفسه او بغيره وقد ذكر
استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترح
فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة
قال اذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان
متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وحكمه
انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا
المعقول بقوله عم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عم رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا
كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجة فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير
ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا
والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على
غيره فبقي على التردد المانع لصلاحيته للحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا
بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله
اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت
عنه فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود و
القصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون الماذون له وقوله لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضمير في
اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي حال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف
الماذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين للتجارة لان الناس
لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونه معه وبخلاف الحدود والقصاص
لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية
بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار
الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا
يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا
لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض
بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة
واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع
صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على احدنا الف واذا اقر بالمجهول

يقال لو بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بصحيح اقراره بالبار الجارة وفي بعض النسخ بصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له
على شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل
فاذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلسا او جوزة فاما ان يساعده المقر له
او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان على
حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب
زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان
الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولابد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح
لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع
فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم
نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في
موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة قال ولو قال لفلان علي مال اي اذا قال في اقراره لفلان علي مال
فرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الاقل دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان انه
ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال ش يعني هو مثل الاول وقلنا لا يلغو وصف العظم فلا يجوز فلابد من
البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلابد من البيان به
فان بين بالمال الزكوي فلابد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من
جنسه وفي الدنانير عشرين مثقالا وفي الدراهم مائتا درهم وان بين بغيره فلابد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي حنيفة رح
ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل روي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به
اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا فيجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا العظم من حيث
المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية والاصح على قوله ان يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل
عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من اي نوع سماه
اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي
اقل من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر
عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر وبالمائتين اخرى
كالزكوة وجوبا وحرمانا من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا
فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال
ابو حنيفة الدراهم مميز يقع تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد فيقال احد
عشر درهما ومائة والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل
عليه اللفظ اذا كان ممكنا لا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانه اقل
الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى
الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع قال
ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل
على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا

كذا كان كاحد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين وان ثلث
بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين على الايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ المضمون والمال محله
لكنه يتغير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المص في نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان
اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس
ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري لم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري
الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار
بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا
قال قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة ودين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب
الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز
لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني او قد قضيتكها
كان اقرارا بالمدعى لان ما يخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا كانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه
في الاولين بالكناية ترجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم
يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور في الدعوى فكانه قال اقعد وزانا للناس واكتسب المال واترك
الدعوى الباطلة او نقادا وانقد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما في قد
قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو
قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة
وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى
الاجارة لا تصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة
التي اقر بها وقدمت المسئلة في الكفالة ويستحلف له المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم
لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل
وهو القياس في الدرهم ايضا وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدرهم معطوف
عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني ووجه الاستحسان وهو الفرق
بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال
عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات
حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر
كثرتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت
وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال
مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف
العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا
للمائة لانها اقترنت بالثلثة صار العدد واحدا قال ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر
بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي
بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف

لا يتحقق بدون الظرف وان كان كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون بغصب المنزوع ومن اقر بغصب ثوبين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الا لان الثاني لم يصح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزم الا ضمان الدابة خاصة عند الشيخ وابي يوسف وكذا اذا قال غصبت طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلانه في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد تلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منهما موعى بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى البين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا ازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق **قال** لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان بين سببا او لا فان بين فاما ان يبين سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عاينا به حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم منها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصور هما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان كذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك حقيقة فقد يتصور ذلك حكما نيابة وهو القاضي او من ياذن له القاضي واذا تصور بالسبب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة لكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بالوقف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت له او اوصى بحملها لرجل ومات المقر وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له الميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باثره في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

فصل لما فرغ عن ذكر موجب الاقرار بلا تغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل واكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرف لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المص في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بعين اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند الشيخ وابي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المص كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة وليس يصح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا وللشيخ وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت ثبت في الذمة حالا او مؤجلا وجاز الاستقراض بها واما

العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول
المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا
ولهذا لايجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لايصلح
مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح
الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لايصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه
والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة **والجواب** ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس
او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير
المقدرات **قال** ومن اقر بحق فقال ان شاء الله ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الا
بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء
الله انت طالق عند ابي يوسف لايقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء
لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لايحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة
واما لانه شرط لايوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت
او اذا جاء راس شهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور
حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار
لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من
تناول لفظ المستثنى منه مقصودا او لم يدخل تحته فالبناء لايكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا
فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لايسقط شيء من الثمن بمقابلته بل تخير المشتري واما ان الاستثناء
لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها يدخل فيه تبعا
لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق
البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال بناء هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها
ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء والبناء لايتبعه بخلاف ما اذا قال هذه الدار لي والارض
لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين
احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس **والثاني** ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع
احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظ وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان
والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع
فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان
كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان
كما قال لانه في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح **قال** ولو قال علي الف درهم من ثمن عبد
ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه
احدها ان يصدقه المقر له فيقال ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق
كالثابت معاينة **وفيه نظر** لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد

العبد على المقر له **والجواب** ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما
بما لا يدعيه احد وذلك باطل **والثاني** ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال
لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي
الف غصبته منك فقال لا بل استقرضته مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له **والثالث**
ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه لايلزم المقر شيء لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم
للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر ياخذ العبد ولو قال
مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد اخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه
والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في
يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان
اقراره صح رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت
كالجهالة حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة
على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوع
فلا يصح وان كان موصولا **وقالا** ومحمد ان صدقه المقر له في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم
القبض كما سيأتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق
لان اول كلامه موجب واخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاءه على عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا وقوله
هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد **قوله** وبه لايتاكد
الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لايتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد
لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره
فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله
وبه لايتاكد الوجوب لايصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه
الطالب في السبب فيكون القول له لم يصح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار لذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف
وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لايتاكد لكنه يتاكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض
والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني
لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف
وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع **قال** وكذا لو قال
من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل او فصل
اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لايجب على المسلم
فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة
وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا
فصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله **واجاب** بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل
اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق
لايلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي

الف من ثمن متاع او اقرضني الفا وبين انها زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي ح وقالا ان قال
ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف فانه في رواية عنه
لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له الف درهم زيوف من
ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به
في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها يسمى دراهم مجازا فاذا امكن ان يتوقف صدر الكلام على
عجزه فاذا ذكر مما ذكر اذا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي ح انه
رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فلم يكن داخلا تحت العقد فلا يكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض
موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة
والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا قوله وقوله الا انها
وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدر بخلاف الجودة فانها
وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن
عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع
لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب
وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم
يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط
او ردية فليس بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي ح في غير رواية الاصول في القرض انه
يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض و
المقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارف والمطلق ينصرف الى
المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول ومن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل
لان اسم الدراهم تتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان
مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها شرعا لا الى الاستهلاك المحرم فصار كما لو بين سببه تجارة وسواء ولو
اغتصب منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر
فيكون بيان للنوع فيصح وان كان مفصولا وقوله ظاهر لانه قد تقدم في قول ابي ح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون
ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانه
قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون
فيجوز ان يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة
عيبا والا كانت نوعا وذلك لانهما لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان يكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنهما
فيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله
اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء
راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا
كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود

فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض
والغصب الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك
بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه فصل ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها ان الغصب
لا يختص بالسليم قوله ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعله نفسه كقوله
اخذت ونحوه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت
وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه
وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاخذ والمقر له يدعي سبب الضمان وهو الغصب
والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا
لم يضمن والفرق له ان في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله فان قيل
الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده
سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا
للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب
الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا
لابي ح قوله وجه القياس كما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها وهو ينكر والقول
للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد له بأي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك
الا اني لم اقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كما للقطة فانها
وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس مدار الفرق
اشارة الى الرد على الامام القمي فيما ذكر ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب رده وجزاء
الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب هذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها
بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه واقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول
المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض
مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر
ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا
بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المص بحسن التدبر ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى الشرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح
واخره لان المرض بعد الصحة فصل واذا اقر المريض في مرض موته الخ اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب
معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلوم الاسباب فديون الصحة
والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا لاستوائهما
لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ الغرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء
مبايعة او مناكحة وانما يعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض

يتضمنه لان حق غرما الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستوا بين حالة الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع
من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد يتضمن ابطال حق بقية الورثة
اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف
الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة
وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل
يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل
لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح
المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما يتوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرما لانه تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرما بمال المديون بطل اقراره بالدين
حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته
على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم
به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول
بماله كما لا يصح حق غرما الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت
به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة الاقرار واحد كحالة الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالة الصحة والمرض لان
الاولى حال اطلاق وهذه حالة عجز فيعتبر فان فيمنع تعلق حق غرما الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار
في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون
المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل
دين الصحة لا تقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره
ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه بمنعه عن ذلك تعلق حق الغرما بالعين ولا
يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون بعض سواء كانوا غرما الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال
حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرما بالحصص عندنا وقال الشافعي
يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة
والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرضه
استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة
او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرما وانما حوله من محل الى محل يعدله ارأيت
لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع ان كان ممتنع سلامته للمردود عليه لحق غرما الصحة لا فكذلك اذا
رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض
لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حد ذاته وانما رد في حق غرما الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا
لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان يكل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة
لقول عمر اذا اقر المريض بدين جاز في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عم الثلث والثلث
كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناه والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضا
الدين من الحوائج الاصلية لان به رفع الحايل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا

ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين
الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة
الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة
مستهلكة للوارث كما اذا اودع الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر وفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية
الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى
انه ان كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله عم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين
وسو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهورة قول ابن عمر واراد به ما روي عنه اذا اقر
الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة
به اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا
يمنع من التبرع على الوارث اصلا وفي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وتذكر ما اردنا بالاقرار بوارث آخر وما
اجبناه به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار
لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة يمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقربا بالمال وتعلق حقهم به
يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة
لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا
لان الناس كما تعاملون مع الاجنبي تعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث
لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق
الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور آنفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد
ابطلوه فيصح الاقرار واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان
قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان
فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح ان اقراره
في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فبعد الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم
حتى يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف
في ثلث الباقي لان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى
ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده
وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا ومن اقر لاجنبي الخ
المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار
غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره وما لغيره فاما ان يكون
سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك
ثمانية اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة
الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء لحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او عتق
الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا
طلق زوجته في مرضه ثلثا وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله
استعجل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار زيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقرار

فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان يحجب كما اذا اقر لاخته وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره
حلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب لنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها ولنا ان
الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان
كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون
الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس
لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات
ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث بطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار
وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال
فلم يصح الاقرار ‌ فصل ‌ ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد
ثلث شرايط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته
من غيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في
باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على
الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشاركه ورثته ‌ قال ‌ ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان
ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل
جايز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي و
انتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء
ورواية شرح الفرايض للامام سراج الدين المحقق والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار
الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته
بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه الخ وقال في المبسوط واقرار
المراة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والام في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع لان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد
القابلة بالولادة اذ الغرض ان الفراش قايم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق
قوله وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج
واما اذا لم يكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق
هؤلاء والمراة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر
بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي اثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت
لقيام النكاح وكذا التصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا
عندهما وقال ابو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب
لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار
العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ونقرر ما ذكرتم ويمكن ان

ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن النكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قايما باعتبارها وكذا المقر به
واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المراة كتابية فلم يعتبر قايما باعتباره ‌ قال ‌ ومن اقر بنسب من غير
الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف
قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له
هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق
ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغرماء
والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني
على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عند الشيخ و
ان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره يتضمن
شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال الشيخ اذا
اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في
يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ في حصته ويبطل في حصة الاخ وللشيخ ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ‌ قال ‌ ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الآخر
والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الآخر بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم
لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار
الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب
عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض
وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما يكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل
على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على الكمال
كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على القبض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على المنكر حتى نصرف
المقر الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض
مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه
لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض
وقد انتقض القبض في هذا المقدار فرجع لتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث
فيؤدي الى الدور ولقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره
ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره
ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع
لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه
الاعتياض وبيانه تفصيل لو ركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في
الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه
اسقاط البعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك

العربون لا يتم البيع ما لم ينقل الطالب قلت وحكمه تملك المدعى المصالح منكرا كان الخصم او مقرا ووقوع للمدعى عليه
في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فالحكم وقوع البراءة عن دعوى المدعى
ان احتمل المصالح عنه التمليك او لا وانواعه بحسب احوال المدعى عليه كما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة
العقلية على ما سنذكر وجوازه ثابت بالكتاب والسنة **قال** الصلح على ثلثة اضرب الحصر على هذه الانواع ضروري
لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل
النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه
في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان
الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما
ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه
فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر
وصلح من ادعى امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق
في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي
ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول
ما روينا من الحديث وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل قوله احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه
كالصلح على ان يطأ الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح
على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا ببعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام
الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به
ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي
وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي
يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا
مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لا نم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله
الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع
حتى يخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام
القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل
القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب
بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط في
المجلس **قال** فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر
في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار
ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة
المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على
اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج
فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على

على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول
على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم
المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك
المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل
في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم
جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع
يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز
استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز
فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح
عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لانه يبنى
ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد الواحد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها اجاب
بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث
وينعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امراته والتحريم المؤبد في امهاتها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في
الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار
اولى لان فيه دعوى فراغ الذمة وهو الاصل **قال** واذا صالح عن دار اذا صالح عن دار عن انكار او سكوت
لا يجب فيها الشفعة لانه يأخذها ان المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه
والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة
في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن
اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة
مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن
نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيرده كالمكفول عنه دفع
المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه
ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذت الدار
ثم استحقت عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع
الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك فلا ينقطع
الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في خيرة في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترد
وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه
فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح
عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان
استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب
الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر بلفظ البيع الصلح اما اذا اجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح

عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى
لان اقدام المدعى عليه على الشراء اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه
قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل
الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى **وان ادعى حقا في دار**
هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها
بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ويقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء
عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه
ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك
لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم عن دار اخرى صح لكونه بيعا وكذا لو كان على سكنى
بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار
بدله عينا او منفعة قال المص والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما في بدل
الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصلح
لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو
قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق ان ابرأتك انما يكون ابراء
من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض
الشارحين في الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في
ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة
وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظ **فصل** لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه
ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **والصلح جائز عن دعوى الاموال** الاصل في هذا الفصل
ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن
مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح
الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع يملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد او الخطا
صح اما الاول فلقوله تع فمن عفي له من اخيه شيء وجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك
فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح
بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر الدلالة
على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى الآخر وهو مروي عن عمر وابن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه
في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية
على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر
حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب
ظاهرا اعلم انا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح
عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل
الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالح على سكنى دار او خدمة عبد سنة
جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا

فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم الا يرى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح
وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص
صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تع ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى
بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله
الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا يعني لكن اذا فسد التسمية لجهالة فاحشة
وتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي
ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه
معقدة وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو
سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية
المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه فكما قال الله تع قد علمنا ما فرضنا عليهم
في ازواجهم وموضعه اصول الفقه وتحقيق ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى
صالحا صار كما لو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه
لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو
ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب هو قوله ويصح من جناية العمد الجناية
النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة
حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة
حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل
فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال
احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت
بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ
بالشفعة فهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول له وصالح الكفيل على
شيء من المال على ان ياخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال غير ان في بطلان الكفالة
روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف
على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد يكون موصولة الى
المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبه
المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى
الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي
لا تبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة
ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار
تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطا ثم صالح اولياؤهما على اكثر من
ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطا الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما
على ثلثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون
جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين الدية بدين

لهما

بدل الصلح ولو قضى القاضي باخذ مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جاز
لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فكان
صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي
باخذ المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا [قال] ولا يجوز دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق
الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك
فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على
تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعت امراة على رجل صبيا هو بيده انه ابنه منها وجحد الرجل ولم يدع المراة النكاح
وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي
فلا يجوز الاعتياض عنه واذا شرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز
انفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق
جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى
الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم بترك الظلة جاز اذا كان في ذلك
صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت
المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف
القصاص [قال] واذا ادعى رجل على امراة نكاحا هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب
العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال
لدفع الخصومة وقطع الشغب ودفع الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى
كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تع وهذا عام
في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه من طيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما
اذا ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي
بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل
لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل
فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم تكن
ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب
العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة
ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والدية ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع
الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه
بعد كونه عبدا فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه
لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد له اي للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا
والفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه تبعا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته
بمال المولى وصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون
اذنه لا يجوز فكذا ههنا اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ تبعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل
عن ملكه فصار كانه مملوك للولي ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا

زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح
عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح
العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب
البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه
صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا
هذا [قال] ومن غصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما
خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة
فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي ح وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس
وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على
دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي
وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان
المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف
في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي ح وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فعلا لان الواجب هو القيمة
وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض
لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر فيه
الزيادة ولابي ح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة
حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من
اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد ولا ربوا
بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله عم على اليد
ما اخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين ليقوم القيمة مقام العين فكان
ذلك ضروريا لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس
فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفي كلام المص تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي لو ذكر في الدليل المثلي فلوجوب
المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها ويمكن ان
يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا
تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان
الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب مثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدابة على اكثر من عشرة الاف
درهم لم يجز واجيب بان المغصوب لا توقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك
حالا جاز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابي ح بانه
لو باع عين المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب
بان البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه
اسقاطا وصحة لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين آه ظ والمراد بالنص كما

فی العتاق من قوله عم من اعتق شقصًا من عبد بینه وبین شریکه قوم علیه نصیب شریکه فیضمن ان کان موسرًا اویسعی العبد
ان کان معسرًا **باب التبرع بالصلح والتوکیل به** لما کان تصرف المرء
لنفسه اصلا قدمه علی التصرف لغیره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان فی العمل لغیره متبرع **متن** ومن وکل رجلا بالصلح
عنه ومن وکل رجلا بالصلح عنه فصالح لم یلزم الوکیل ما صالح عنه ای عمن وکله فی روایة المص وروی غیره ما صالح علیه
وهو المصالح علیه الا ان یضمنه والمال لازم للموکل ای علی الموکل کما فی قوله تع وان اسأتم فلها ای علیها وهذا کما تری
یدل بظاهره علی ان الوکیل لا یلزمه ما صالح علیه مطلقًا الا ان ضمنه فانه یجب علیه من حیث الضمان لا الوکالة قال المص وتاویل
هذه المسئلة اذا کان الصلح عن دم العمد او کان الصلح علی بعض ما یدعیه من الدین لانه اسقاط محض فکان التوکیل به
سفیرا او معبرا فلا ضمان علیه الا ان یضمنه لانه مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا کان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة
البیع فیرجع الحقوق الی الوکیل فیکون المطالب بالمال هو الوکیل دون الموکل وذکر فی شرح الطحاوی والتحفة علی
اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهایة ما معناه انه لابد لقائل المسئلة من قید لم وهو ان لا یکون الصلح فی المعاو
علی الانکار فان کان لا یجب علی الوکیل شیء وان کان فیهما لان الصلح علی الانکار معاوضة باسقاط الحق فیکون
بمنزلة الطلاق بجعل وذلک جاز مع الاجنبی جوازه مع الخصم **متن** وان صالح عنه رجل بغیر امره وان صالح
عنه رجل بغیر امره فهو علی اربعة اوجه **ووجه** ذلک ان الفضولی عقد الصلح علی مال اما ان قرن بذکر المال ضمان نفسه
اولا فالاول هو الوجه الاول والثانی اما ان اضاف المال الی نفسه اولا فالاول هو الوجه الثانی والثانی اما ان
سلم المال المذکور اولا فالاول هو الوجه الثالث والثانی هو الرابع ولکن یرد وجهان آخران وهو ان یکون المال المذکور
خالیا عن الاضافة اما معرفا او منکرا وکل منهما اما ان قرنه التسلیم ولم یقرن وقد ذکر وجها حکم المنکر وبقی وجها
حکم المعرف ولکن عرف وجه حکم المعرف المسلم بذکر التسلیم فی المنکر فبقی حکم المعرف غیر المسلم وهو الذی ذکره
بقوله قال العبد الضعیف وجه لم اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم صلح لان الحاصل للمدعی علیه
لیس الا البراءة لانه یصح بطریق الاسقاط وفی حق البراءة الاجنبی والخصم سواء لان الساقط لا یتلاشی ومثله لا یختص باحد
فصلح ان یکون اصیلا فی هذا الضمان اذا اضافه الی نفسه کالفضولی بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال
ویکون متبرعًا علی المدعی علیه لا یرجع علیه بشیء کما لو تبرع بقضاء الدین بخلاف ما اذا کان بامره فانه یرجع ولا یکون
لهذا المصالح شیء من المدعی ای لا یصیر الدین المدعی به ملکا للمصالح وان کان المدعی علیه مقرا وانما یکون ذلک
للذی فی یده یعنی فی ذمته لان تصحیحه بطریق الاسقاط کما مر بطریق المبادلة فاذا سقط لم یبق شیء فای شیء
یثبت له بعد ذلک ولا فرق فی هذا ای فی ان المصالح لا یملک الدین المدعی به بین ما اذا کان الخصم مقرا او منکرا
اما اذا کان منکرا فظ لان فی زعمه ان لا شیء علیه وزعم المدعی لا یتعدی الیه واما اذا کان مقرا فالصلح کان ینبغی
ان یصیر المصالح مشتریا ما فی ذمته بما ادی الا ان شراء الدین من غیر من علیه الدین تملیکه من غیر من علیه وهو لا یجوز
وهذا بخلاف ما اذا کان المدعی به عینا والمدعی علیه مقر فان المصالح یصیر مشتریا لنفسه اذا کان بغیر امره لان شراء
الشیء من مالکه صحیح وان کان فی ید غیره **ووجه** الوجوه الباقیة مذکور فی المتن وهو ظ خلا ان قوله فالعقد
موقوف اختیار بعض المشایخ وقال بعضهم هو بمنزلة قول صالحنی علی الف سفد علی المصالح والتوقف فیما اذا
قال صالح فلانا علی الف درهم من دعواک علی فلان فانه فیه یتوقف علی اجازة المدعی علیه فان اجاز جاز وان رد
بطل وهذا وجه لم غیر ما ذکر فی الکتاب ذکره فی الذخیرة وباقی کلامه لا یحتاج الی شرح **باب الصلح فی الدین**
لما ذکر حکم الصلح عن عموم الدعاوی ذکر فی هذا الباب حکم الخاص وهو دعوی الدین لان الخصوص ابدا یکون بعد
العموم **متن** وکل شیء وقع علیه الصلح بدل الصلح اذا کان من جنس ما یستحقه المدعی علی المدعی علیه بعقد المدا

المداینة لم یحمل الصلح علی المعاوضة بل علی استیفاء بعض الحق واسقاط الباقی وقید بعقد المداینة وان کان حکم الغصب
کذلک حملا لامر المسلم علی الصلاح کمن له علی آخر الف درهم جیاد من ثمن متاع باعه فصالحه علی خمسمائة وکمن له علی آخر الف
کذلک فصالحه علی خمسمائة زیوف فانه یجوز لان تصرف العاقل یتحری تصحیحه ما امکن ولا وجه لتصحیحه معاوضة لافضائه
الی الربوا فجعل اسقاطا للبعض فی المسئلة الاولی وللبعض والصفة فی الثانیة ولو صالح عنها علی الف مؤجلة صح
ویحمل علی التاخیر الذی فیه معنی الاسقاط لان فی جعله معاوضة بیع الدراهم بمثلها نسیئة وهو ربوا فان لم یکن حمله علی اسقاط
الباقی کما اذا صالح عنها علی دنانیر مؤجلة بطل الصلح لان الدنانیر غیر مستحقة بعقد المداینة فیحمل علی التاخیر فتعین جعله معاوضة
فی التصرف فی الدیون فی مصالح الصلح لم عن احد هذین الوجهین وفی ذلک بیع الدراهم بالدنانیر نسیئة فلا یجوز وکذا
اذا کان له الف مؤجلة فصالحه علی خمسمائة حالة فانه لا یمکن حمله علی الاسقاط لان المعجل لم یکن مستحقا بالعقد حتی یکون استیفاء
استیفاء لبعض حقه وهو خیر من النسیئة لا محالة فیکون خمسمائة فی مقابلة خمسمائة مثله من الدین وصفة التعجیل فی مقابلة الباقی وذلک
اعتیاض عن الاجل وهو حرام روی ان رجلا سال ابن عمر فنهاه عن ذلک ثم ساله فقال ان هذا یرید ان اطعمه
الربوا وهذا لان حرمة ربوا النسیئة لیست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقیقته ذلک اولی بذلک ولو کان له الف سود فصالحه
علی خمسمائة بیض لم یجز ولو کانت بالعکس جاز لانه فلا یمکن جعله استیفاء فیکون معاوضة الالف بخمسمائة وزیادة وصف وهو ربوا
فان قیل اذا کان حقه الف درهم بنهرجة فصالحه علی الف درهم لحقه نقد بیت المال فهو اجود من البنهرجة وجاز الصلح والزیادة
موجودة اجاب بقوله بخلاف ما اذا صالح علی قدر الدین وهو اجود لانه معاوضة المثل ولا معتبر بالصفة الا انه یعتبر القبض
فی المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت فی مقابلة مال کان ربوا کالمسئلة الاولی فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو
ربوا واما اذا لم یقع فذلک صرف والجید والردی فیه سواء ابدا ولو کان علیه الف درهم ومائة دینار فصالحه علی مائة درهم
حالة او مؤجلة صح لانه امکن جعله اسقاطا للدنانیر کلها والدراهم الا مائة ان کانت حالة واسقاطا لذلک وتاجیلا للباقی
ان کانت مؤجلة تصحیحا للعقد او لان معنی الاسقاط فیه الزم لان مبنی الصلح علی الحطیطة والحط ههنا اکثر فیکون الاسقاط
الزم من معنی المعاوضة **متن** ومن له علی آخر الف درهم ومن له علی آخر الف درهم حالة فقال اد الی غدا منها خمسمائة
علی انک بریء من الفضل ففعل فهو بریء قیل معناه ففعل فهو بریء فی الحال ویجوز ان یکون معناه فادی الیه ذلک غدا فهو
بریء من الباقی فان لم یدفع الیه غدا خمسمائة عاد الالف کما کان فی قول ابی ح وم وقال ابو یوسف لا یعود علیه لانه ابراء مطلق اذ
لیس فیه ما یعنیه الاجل اداء خمسمائة عوضا حیث ذکره بکلمة المعاوضة وهی علی والاداء لا یصلح عوضا لان حد المعاوضة
ان یستفید کل واحد ما لم یکن قبله والاداء مستحق علیه لم یستفد به شیء لم یکن فجری وجوده ای وجود جعل الاداء عوضا مجری
عدمه فبقی الابراء مطلقا وهو لا یعود کما اذا بدا بالابراء بان قال ابرأتک عن خمسمائة من الالف علی ان تؤدی غدا خمسمائة
ولهما ان هذا ابراء مقید بالشرط والمقید بشرط یفوت بفواته ای عند فواته فان انتفاء الشرط لیس علة لانتفاء المشروط
عندنا لکنه عند انتفائه فائت لبقائه علی العدم الاصلی وموضعه اصول الفقه **وانما** قلنا انه مقید بالشرط لانه بدأ باداء
خمسمائة فی الغد وانه یصلح غرضا حذرا افلاسه او توسلا الی تجارة اربح فصلح ان یکون شرطا من حیث المعنی وکلمة علی وان
کانت للمعاوضة لکن یحتمل معنی الشرط لوجود معنی المقابلة فیه فان فیه مقابلة الشرط بالجزاء کما کان بین العوضین وقد تعذر
العمل بمعنی المعاوضة فیحمل علی الشرط تصحیحا لتصرفه وکانه منهما قول بموجب العلة ای سلمنا انه لا یصح ان یکون مقیدا بالعوض
لکن لا ینافی ان یکون مقیدا بوجه آخر وهو الشرط **قوله** او لانه متعارف معطوف علی قوله لوجود المقابلة یعنی ان حمل
کلمة علی علی الشرط لاحد المعنیین اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فی الصلح متعارف بان یکون تعجیل البعض
مقید الابراء الباقی والمعروف عرفا کالمشروط شرطا فصار کما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بیننا **قوله** والابراء مما یتقید
بالشرط وان کان لا یحتمل التعلیق به جواب عما یقال تعلیق الابراء بالشرط مثل ان یقول لغریمه او کفیله اذا ادیت او متی ادیت

او ان اديت الى خمسمائة فانت برئ من الخ بطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا او وجه
انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما
معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية
ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في
الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق
الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء اشبههما فوجب
العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا لشبه التمليك في ذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به
عملا لشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمة حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته
كما مر قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل
مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله وسنخرج البداية بالابراء وعد بالجواب عما
قال ابو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا تاملت كما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه
على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء او لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي
على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء
فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء او لا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط او لا فان لم يبدأ
فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس واما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود
باستخراج الجواب مبني على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم لم يذكر ما بعده وقع الشك لانه
ان كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت
اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا
في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك
كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك علي حتى تؤخره
عني او تحط عني بعضه ففعل اي اخر وحط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال
ان اخر وابدا ان حط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان
تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام ياكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك
سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في الحال **فصل في الدين المشترك** اخر بيان حكم الدين المشترك عن
المفرد لان المركب يتلو المفرد قال فاذا كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين الشريكين فصالح احدهما من
نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن
له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين
اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين ازداد خيرا
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق
المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمر والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا
يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك
مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن
لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث

وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه
من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم فقبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان
يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب
النهاية لم ينبغ ان لا يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ان ينبغي ان يزداد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط
ان يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة
ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان
يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن
للآخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المص انما ترك ذكره لانه شرط
الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا فنزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالح
على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم
لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا ان يضمن ربع الدين ونصف الثوب
كما كان في صورة الصلح لانه استوفى بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا اي من غير حطيطة
واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه
في الصلح بتضمين ربع الدين البتة تضرر فخير القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب
في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده لكنه بعقد ما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك
في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل تم بحصته
من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند
العقد ان تحققت لا ينافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا يتعين في العقود واذا ظهر المقاصة اندفع ما يتوهم من
قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء ليقع المقاصة
به فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا
من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى
نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا يتقلب ما له عليه فانه خلف بطل فلو سلم للقابض ما قبض ثم توى
ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلثة لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات
المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاوقد
لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن اولهما اذا انعكس يلزم القضاء قبل الوجوب
والقضاء لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي
من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة
وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف
مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك سهو لجواز ان يكون المص قد اطلع على رواية
لمحمد مع اح ابو يوسف اعتبر التاخير لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد
النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت
في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل ان يقول تاخير البعض هل يميز احد النصيبين عن الآخر بكذا

وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين
لا يستلزم التاخير الامتياز فان قيل فقد جوز ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز يكون بعضه مطلوبا وبعضه
لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة يقتضي وجود النصفين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال
لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم واما اذا هي رفع الاشتراك او الاتحاد او ما شئت فسمه وذلك عدمي فلا نم انها
يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او
اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو اخر الدينين فيصير قضاء
للاول وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا او سكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه
وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها
وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيبه
المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف
بمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف
نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من
الدين لم يكن للاخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في
ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه تملك البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على
احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين
المهر الواجب للمرأة اخر الدينين فيصير قصاصا للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف
كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطأ يرجع عليه واطلق
في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح واري انه قيده
بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا شيئا ❋ واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلما رطلان في كر
حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال وينفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد
الا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه
فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز
وكان الاخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد ان احدهما انه لو كان جاز فاما ان
جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر
الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لتناوله بعض نصيبه قوله
بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا
فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا
لان السلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز
الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من
عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض
بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك
على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يؤذن بتقريره المبدل لا بسقوطه بل تقاصا

يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ
لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتأخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا
راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهو لا نظروا الى الوجه
الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال
اخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار
مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من راس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان
اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس المال او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط و
ذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الاخر لا يشركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد
فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم
باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا **باب التخارج** التخارج من الخروج وهو ان تصطلح الورثة
على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء
حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في شرح
الضوء والرسالة ❋ واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم اذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا
احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قل ما اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت
من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح
جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان شرط الشرط معرفة مقدار حصته من التركة
لان جهالة يفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع يفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى
البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز
وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن
دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها
في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من
اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم
يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز
لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية
التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفى بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب الاخر واما اذا اختلفا
فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في يده مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء
الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كان التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه
على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية
التركة فان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض
واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح
بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل
ببطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية

فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك
ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا اقل او اكثر وجد التقابض في المجلس اولا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل
الصلح كذلك جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال**
واذا كان في التركة دين على الناس واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صالح عن
الدين ويكون لهم الدين فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة
المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع الورثة
عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين
متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني
لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه
ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح
على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول شيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة
مكيل او موزون ونصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ابراء لان المصالح
عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية
الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فما ثمة احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة
في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول
لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة
الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان
ان الدين يمنع ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس
ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فينقسم نفيا للضرر عن الورثة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نحتاج الى اعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا
العقد بها لان المضارب يضرب في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من
فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا ومشروعيتها للحاجة اليها
فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي خالي اليد عن المال فكان في شرعيتها
انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وتعلق البقاء
المقدور بتعاطيها وركنها استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او معارضة
او معاملة او خذ هذا المال او اعمل به على ما رزق الله فكذا او شروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواتها
وفاسدة لا يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح
قوله وبعث النبي عم بيان ان ثبوتها بالسنة والاجماع فانه عم بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي
ان العباس ابن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا
يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عم فاستحسنه وتقرير النبي عم امر ابعانه من اقسام
السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة من غير نكير فكان اجماعا **قال** ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده المدفوع
الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن

كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو
شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على
عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود
التعدي منه على ملك غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء
لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما اذا فسره المص بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في راس المال مع الربح
لان راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة
بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون
الشركة الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة
الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي ح وابي يوسف او فلوسا رائجة
عند محمد وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان
عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالاجزاء والكل
بالاجزاء وكل منهما يقبل الاضافة الى الزمان المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل
الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان او عمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة
بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لا يصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي ح
فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على
آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشتري للمشتري واذا كان المشتري للمشتري كان راس مال
المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة
بالعرض وذلك لا يجوز **قال** ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا
ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء
مناف له واذا انتفى احد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفساده لانه ربما
لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله
لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك الربح لكونه لرب المال لانه ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب
ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة
المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية
الاصل لانه اجير واجرة الاجير يجب بتسليم المنافع كما في اجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم العمل كما في الاجير
المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع
انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد
يوجد حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد
مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة ينعقد بشركة الاجارة والفاسدة ينعقد اجارة فيعتبر بالاجارة
الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون
بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار بالصحيحة والثاني ان راس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غير فلا يضمن كالاجير
الواحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في ذلك الوقت لآخر
لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في الوقت كما لا يمكن اجير الوحد ان يوجر نفسه لمستأجرين في الوقت

الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول الرجح وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول
الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن
اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند الرجح خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه ضمان على قول الكل لانه اخذ
المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان
يكون امينا وله ولاية جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان
يشير الى ذلك باصل كلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرطا ان يدفع المضارب
داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين
جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء
هالك من المال ويجوز ان يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا
يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير
ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس في ذلك مضاربة وسلب الشيء
عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط ويشترط العمل على رب المال يفسد العقد
معناه مانع عن تحققه قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون راس المال الى المضارب ولا بد ان
المال فيه تصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة
من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيهما من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه
فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا
يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال
مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان
يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع
جاز لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني
كالماذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا لكن يد تصرفه غالبة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان
قيام يده مانعا عن صحة المضاربة قال واذا صحت المضاربة مطلقة المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان
نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر
التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنع
التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل فيبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم
ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر لانه تعريض على
الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة
مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب
يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال ويقول له اعمل
برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن الماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة
للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لها لانها وقد تضمنتا مثلها لان المضاربة تضمنت الامانة

الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن الوجوه
بيجيء في موضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل
برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود
وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل
تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها
تعددت جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح غيرها
كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء
معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وجباية المضاربة وتفاوت
الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود
وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج
به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر ورده
الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد
السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زايلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب
بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع
بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا
اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر
على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره وله ربحه وعليه
وضيعه ليتحقق الخلاف فيه في ذلك القدر على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم
المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة
موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال بعض
والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج واما
شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق
ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض بما لو قال على ان يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد
صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه
دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض
فان البيع نقدا بثمن كان بثمن النسيئة خير ليس للامكان التقييد نظرا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه
من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو نظر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ
في غيرها وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل
لمكان واحد كاشتراط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم نعتبر
عند السكوت عنه قال ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص تعذر كلامه ومعنى التخصيص
يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل
وجملة ذلك ثمانية ستة منها يفيد التخصيص واثنان منها يعتبر مشورة والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا

يفيده سواء ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصلح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم جعل متعلقاً به لئلا
يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا المال على ان يعمل كذا او في مكان كذا
او قال خذه يعمل به بالكوفة مجزوماً ومرفوعاً وكلام المص يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة وقال خذه بالنصف بالكوفة
او ليعمل به بالكوفة ولم يذكره المص لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث
قال لا يصح ان يبتدأ القول على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصح بجعله متعلقاً بما تقدم فجعل
قوله على ان تعمل شرطاً والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسيراً لقوله خذه مضاربة بالنصف
وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه با
بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا
قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو وبه فقد اعقب ما يصح الابتداء به اما بغير الواو
فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء فاعتبر كلاماً مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان
قيل فلم لا يجعل واو الحال في قوله اد الي وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون
بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على ان يشتري من فلان ويبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة
الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملة قضاءً واقتضاءً ومناقشة في الجنا وفي التنزه عن الشبهات
بخلاف ما اذا قال على ان يشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع
بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فايدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة
واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفايدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل
ذلك لا معتبر بغيره قوله وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد
وتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا
من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد ترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع
عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل له ذلك بها ولما لم يختص المعاملة في التصرف لشخص بعينه مع تفاوت
الاشخاص دل على ان المراد به نوع التصرف وقد حصل وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت
بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان مالك وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك يتحقق بالتصرف بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شرى القريب بعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة
الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشرى عبد مطلقاً ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً
لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبداً
فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا تدخل في المضاربة شراء ما
لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن
فتحقق المقصود ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذاً
على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذاً احتراز عن الصبي والعبد المحجور فان شراءه
يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يسترد المعقوض من
البايع ويرجع البايع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة ديناً عليه واما شراء
من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد

ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي ح او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في
تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن
ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة
له فيه فاما اذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم بملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئاً لان ازدياد
القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت
ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً واخاً عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في
قيمته بنصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبس مالية العبد عنده فيسعى
العبد فيه كما في الوراثة ت وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسمائة والمدعي
موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً وانما
قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب فهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان
الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن
ووجهه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملاً على الفراش بالنكاح بان زوجها
منه البايع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل
واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعياناً كل واحد منها يساوي رأس المال
كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفاً فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب
في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لرأس
المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحاً والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة عبدين
كل واحد منهما يساوي الفاً كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها
كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها
ولم يكن اولى لذلك من الآخر فاستقلا برأس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعياناً اجناس مختلفة والنوع الواحد
جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر احملة حصل البعض ربحاً بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد
يكون بينهما على حاله لكون الرقيق اجناساً مختلفة عند ابي ح قولاً واحداً وعندهما ايضاً في رواية كتاب المضاربة
واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولاً برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار
رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت دعوة السابقة لان سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ
لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذاً بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان
ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك
واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت
الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئاً لان عتقه ثبت
بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجوداً
اصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعدياً وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى
الضمان بقي احد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده
وان شاء اعتق لكونه قابلاً للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي ح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف

مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا اليسعى له فى هذا المقدار قيل لم لايجعل الجارية راس المال والولد
كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف
من السعاية لراس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد
وجب قيمتها على المضارب وهى من جنس راس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعى نصف قيمة
الام لان الالف الماخوذ من الولد لما استحق براس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها
ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فتضمن وضمان
التملك لايستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه
يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ له
فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدى
وهو لايتحقق بدون صنعه وقوله كما اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك اخرهما ولا صنع له فيه ولم
يذكر المصنف التعدى وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب **باب المضارب يضارب**
مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفردة اختلف علماؤنا فى موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال
الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال فروى عن ابى حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثانى حتى يربح
فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثانى ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل
ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل
الايداع فلا يملكه وجه الظاهر ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اى موقوفا
ان عمل ضمن والا فلا ولابى حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن
بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة فى المال فصار مخالفا لان الاشراك الغير فى ربح مال رب المال وفى
ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اى وجوب الضمان على الاول وعليهما بالربح على ما ذكرنا اذا
كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة والثانية او كلتيهما
جميعا لم يضمن الاول لان الثانى اجير فيه وله اجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى
فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية ترجح
ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثانى من الربح مقدار ما يجوز به المضاربة فى الجملة بان كان المشروط
الاول نصف الربح ومائة مثلا وللثانى نصفه قوله ثم ذكر فى الكتاب يعنى القدورى يضمن الاول ولم يذكر الثانى
قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغى ان لا يضمن الثانى عند ابى حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم
فى مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثانى فى هذه المسئلة باجماع اصحابنا
وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة
ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثانى يعمل فيه
لمنفعة نفسه من حيث شركته فى الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان
من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول
بالعقد اى بسببه لانه عامل له اى للمضارب الاول كما فى المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال
قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول اجيب باختلاف الجهة يعنى ان المضارب
الثانى عامل لنفسه بسبب شركته فى الربح وعامل لغيره من حيث انه مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والعكس

من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة
نفسه فلا تناقض بينهما ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد فان الاول قد غره والثانى اعتمد قوله فى ضمن عقد
المعاوضة والمغرور فى ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان اقرار
الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاول لان الثانى يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول
يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قال**
فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسئلة الى اخرها ظاهرة لا تحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب
لهما ذلك اى للمضارب الاول والثانى الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا يرى
انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه
وانما قال غره فى ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن فى ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لاخر هذا الطريق امن فاسلكه
ولم يكن امنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه **فصل** لما كان للمضارب بعد ادخال
عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره فى فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جايز فقوله او لعبد رب المال فى مقابلة شيئين
عبد المضارب والاجنبى وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال
فيجوز ان يكون احترازا عن الثانى فانه اذا شرط ذلك للاجنبى على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة
جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبى معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل
الثلث المشروط للاجنبى كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك
شئ وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون على العبد دين او لا فان
لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط فى حق هذا العبد
لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح فى حقه جعلناه شرطا فى حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه
دين وان كان عليه دين فان كان عبدا للمضارب فعلى قول ابى حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب
المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابى حنيفة اذا كان على العبد
دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرطا ان يعمل
العبد وهو المذكور فى الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا
كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا اى ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان
محجورا عليه ولهذا اى ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى من عبده الماذون يعنى اذا كان مديونا
على ما يجئ واذا كان يدا معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب
المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب
العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا لم يكن عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد الماذون له اه
فصل فى العزل والقسمة لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الحكم الى ذكر الحكم الذى يوجد بعده وهو عزل
المضارب وقسمة مال المضاربة فى هذا الفصل **قال** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه
توكيل على ما تقدم وبموت الموكل يبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا كان
الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشرى وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل
ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة بعد اخرى وبانه لو كان توكيلا لا ينعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة

عوضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على المضاربة اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما
كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لما كانت
اما قبل القضا فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه
فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا
تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل
على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جايز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها
بالادمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف
في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة لان
حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشرى و
في قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال واذا عزل رب المال المضارب
اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا
علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت
في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على راس المال بتمييزه وراس المال انما ينض اي يتيسر ويحصل بالبيع
ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس ماله وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان
عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك
الاعمال قال المصنف هذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعه
بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي
كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل بما فيه من ابطال حق المضارب
ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضا الديون لكونه بمنزلة
الاجير والربح اجره وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل
رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم
ان الرد واجب واما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضا فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من
ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم توكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل له مكان قوله وكل والمراد به
الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهو استعمالها على النقل وانما فسره بذلك لان احل ربما توهم ان راس المال
دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا ساير الوكالات يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضا واما البياع
والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا او شرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل اليه اجره اجبر
على عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شي فقد استوجر على ما لا يستقبل به لان الشرى لا يتم الا باعتبار
البايع على بيعه وقد لا يبايعه وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يامر بالبيع والشرا
ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد قال وما هلك
من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال عم مثل المومن كمثل
التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه او قال فرايضه ولان راس المال
اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شي اشتغل به التبع فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان
عليه لانه امين وان اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال كله او بعضه ترادا الربح لان القسمة تبين ان ما اخذه كل منهما

ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم راس المال **فصل** وذكر في هذا الفصل ما لم يذكره
في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة تنبيها على مقصودية افعال المضاربة بالاعادة **قال** ويجوز
للمضارب ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد
والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه من صنيع
التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام
مثلا واما اذا لم يخص كان له شرا السفينة والدواب اذا اشترى طعاما ما لحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان
للركوب لا يجوز اما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكريهما اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار
فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة
في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن لانه بمنزلة
الدفع مضاربة والفرق بينهما ان الماذون لا يصير شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم
والمضارب لا يضمن لان له ان يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف
فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قالاه وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء
كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل
الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل
فيما يفعله المضارب بانواعه الثلثة وهو ظاهر قال ولا تزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة
والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة
والجواب انه ليس تجارة وان كان فيه كسب فصار الاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة **قال** فان دفع شيئا
من مال المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل
المضاربة خلافا لزفر قال رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط
العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب
المال صالح لذلك الا ان الابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال اولى لكونه اشفق
على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل
من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي
عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال
الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه
ادى الى قلب الموضوع ولقايل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي او لا فان كان الاول جازت
المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز او عدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله
جازت المضاربة قلت ممنوع لان المضاربة يقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر
وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي على رب المال بامر
المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال
المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب
لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس المال نقدا فقد

نقص المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك
انتقاض المضاربة وان صار راس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضاً لم يعمل فهذا
اولى **فصل** واذا عمل المضارب في المصر فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من
الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال
لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد سواء النفقة في المال
الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين
الاجير بانه عامل ببدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا
الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله تضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ
شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء
من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك
فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان وجه اذا ذاك لها والنفقة ما يصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام
والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تثمير المال كغسل الثياب واجرة
الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ
الثياب ماشياً في حوايجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ذلك يكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة
والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب واذا ربح اخذ رب
المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح باخذ رب المال راس ماله كاملاً فيكون النفقة مصروفة
الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما انفق مرابحة
حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر
في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثياباً فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له
اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعدما مر تمهيداً لقوله وان صبغها
احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وساير الالوان كالحمرة الا السواد عند ابي حنيفة لان الصبغ عين قايم بالثوب فكان شريكاً
يخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برايك ينتظمه فان بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب
مصبوغاً على قيمته مصبوغاً وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على
الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف
القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين قايم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد
القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجاناً واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان
يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه
وترك الثوب عليه واذا كان كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالاً منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ
كان به مخالفاً غاصباً فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له
اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن
ولهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذوناً بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذوناً وقع على المضاربة
وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة
على المالك وليس له ولاية ذلك **فصل** هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل
على حدة **قال** فان كان معه الف ما ذكره المص واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبايع
بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب
هلاكه مانع وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزاً فهو مضاربة
فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع
الثمن له وثلثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب
المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك بيعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى
المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافياً لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه لا يصلح
ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب
خاصة وذلك الف بقيت ثلثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلايم المضاربة ولا ينفسخ ما يضمن
بل يلحق براس المال في ذلك الفين وخمسمائة وخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله وان كان معه الف معناه واضح
وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب
استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد
كان في ملكه ولم يستفد به الا ما لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة لثبوته
من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان معه الف بالنصف فاشترى
بها عبداً قيمته الفان فقتل العبد رجلاً خطأ كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك
مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان مؤنة الملك فيتقدر بقدره
وكان الملك بينهما ارباعاً لان راس المال لما صار عيناً واحداً ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا عتق الربع ان كان
العبد قريبه والف هو راس المال وقيد العين بالوحدة احترازاً عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم
الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضموناً عليه فلا يكون
امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد
بينهما لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الالفان
في المسئلة المتقدمة حيث لا ينتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفداء
ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد كالزايل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة
تنتهي بالهلاك فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعاً خارجاً عن المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب
المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد منها على
المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبداً وهلكت قبل النقد الى البايع رجع المضارب على رب المال
بذلك الثمن ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن ديناً وهو عامل له
المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانياً لا يصير المضارب مستوفياً لان الاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن
مستوفياً كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البايع بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء او هلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة امكن ان يجعل مستوفياً
لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلاً ولا يبرأ
عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر اميناً وقد نظر لان الضمان

كان ح

الكافي ح

هناك باعتبار سبب معه تعار قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجتماعًا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق
الوكالة ولا تم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل راس
المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعًا للتحكم ولان
المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود الشيخ
رفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيًا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل
اذا رجع عليه بالف اخرى اصلًا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البايع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب
الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الفا اه لم يثبت فيه رواية يحتج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق
بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي
الثاني لا يرجع اصلًا وكلامه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في
الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال وان كان مع المضارب الفا اختلاف رب المال و
المضارب اذا كان مقدار راس المال مثل ان يقول المضارب دفعته الفان وربحت الفا وقال رب المال بل
دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب
يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لانه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار
الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال
المضارب راس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي راس المال للمضارب كما
كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل
الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل
قبلت قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة راس المال
كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول
لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته بمقدار من الربح او الشركة فيه
وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة
للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا
في الاول لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك
ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال
يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم
والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظ لان العموم هو الاصل كما يذكر ولان
اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذاك نهيا له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم
نصا فههنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب
يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال
مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب
التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان يدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا

نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المص لحاجة الى نفي
الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج
الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المص اللازم مقام الملزوم كناية وبان
ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت
الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احديهما دون الاخرى فالبينة
لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معًا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك فاذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة
رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى
الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة
تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم ومن محاسنهما اشتمالهما على بذل
منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله واستيجاب الاجر والثناء على ذلك وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيهما من حيث
التعاضد وقدم مرارًا وشرعيته بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها بالطاقة وتفسيرها لغة الترك
وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او ما
قام مقامها فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك
وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمه فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال
قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء و
العبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال امانة قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح
هو التسليط على الحفظ وقد يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في
بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عم ليس على
المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال
عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن
النبي عم ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع
ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها
شيء جاز لها ان يدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان ساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة
لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينهه عن الدفع اليهم لان الظاهر
في ان يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة
وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى
امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله
ولانه دليل آخر على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا
الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج
وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره و
الحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا ناقض قوله لان الظاهر ان يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ
مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطاؤه ظ لان قوله

الظاهر ان يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله
قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب
في مظانها ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والماذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب
فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استاجره فيكون حافظا
بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك بعين التسليم
الى جاره او الالقاء الى سفينة لغيره للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة
وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة ❊ فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها
ضمنها ❊ اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل
بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط الثاني للتميز تعد
فيوجب الضمان وينقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها او السود
بمثلها او الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير مما لا يتعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء والراجح انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا اسلم عند الخصم
قوله وامكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا يصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ
المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط خيرة الضمان
لتعين الدين لصرف الابراء اليه فيبقى الشركة في المخلوط وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الخل بالحار المهملة ودهن
السمسم بزيت الزيتون صار مذهبهما كمذهب ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك
صورة وهو ظ ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد
الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح قوله في الصحيح
احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور لانه لا يخلو
لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التميز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك
وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد
شركة بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع اذا اجمع بين
لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها
اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين
لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان
يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رد مثلها فخلط بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك
انفاقا والبعض به خلطا لا يتأتى فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تعززه بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما انفق
كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ لا
كلام فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم ينافي الحفظ ومجرد النية
لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان فلم يفعل ❊ واذا تعدى المودع في الوديعة ❊ واذا تعدى
المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى
يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة كونها

لكونها امانة ينافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا
ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو
الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الآخر بالمخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم
العقد وعورض بان الامر باق فيكون مامورا بدوام الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود
فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان ابطال
الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا بمنافية
الا يرى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود
فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون رد القول مثله الا يرى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة
ترك صلوة او صوم مامور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا استاجره نظير لمسئلة الوديعة بالاستيجار
فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه
ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا
التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب
بان العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والاعارة والبيع
والهبة ينتقض بعدم التسليم المعقود عليه ثم في الاستيجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث
شيئا فشيئا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك البعض ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير
بدل وقوله ليحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع
نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الخ
ظ وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها
عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك
عندي وديعة خلافا لزفر وانما ذكر خلافهما وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلثة قيل لان هذا الفصل
غير مذكور في المبسوط وانما ذكر فيه اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء
كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
❊ وللمودع ان يسافر بالوديعة ❊ وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا
اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر
باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك
اذا كان له حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا
وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان لها حمل ومؤنة او لا له ان اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا
فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون
المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا اي ولكون المفازة
محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب
والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة
فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح
لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعاية عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز

وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم
المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا حنيفة جعل السفر القريب عفوا قياسا على العين البيع في التجارات
والشافعي تقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا
بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قوله قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره
سلمنا ان المؤنة يلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا و
لا يتقيد بمكان فهو معنى راجع الى المالك فلا يباليه وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني كون المعتاد
كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف
الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها
ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا واذا اودع رجلان عند رجل وديعة اذا تعدد المودع
وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الغائب وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك
قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع
الصغير ليدل موضعه على ان المراد لموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان
المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى
اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحمامي في المسئلة
مشهورة لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو
الوصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان ياخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق وله انه
طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس في المفرز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير
بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه
ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم
اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس
بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة قوله له ان ياخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقريره
جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضروراته يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت
له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع
ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم ما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل
والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظ وقال في المبسوط
قول ابي ح اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتاتى منهما عادة لا يصير
راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه
اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من
عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا
يحفظ على ايدي الناس فنهاه عن الدفع الى امراته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان
مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه يوجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به

رجلان دخلا الحمام واودعا عند الحمامي ثيابا فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الثياب وذهب ثم خرج الاخر وطالبه بالثياب وتعلقا على كمه فحكم الحمامي فقيل له بفضل ... عنده خصيمه ... فقال له ... ودفعته الى صاحبك ولكن قل لا ادفع اليك حتى يحضر صاحبك ... وبرك الحمامي ... الظهيرية

كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امراته وله امراة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى فخالف
فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى
امراته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس لها غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به
ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي ح يضمن ايهما شاء
عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض
من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه
وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي ح انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن
ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه حضرة رايه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه
لحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد
منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ المستلزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد
منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل فادعى رجلان كل واحد منهما
انه ماله اودعه اياه ظ سوى الفاظ تذكر قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الفا وقوله وان نكل اعطى
الثاني اي بعد ما حلف للاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكلت لك لانك بدات
بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه تقضي بالالف للاول والثاني اولهما
جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك يتوقف عن
القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله عند ابي ح وباقراره عندهما
ولو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف
للثاني ما ذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف تقضي بنكوله للاول وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول
اقرارا دلالة وقوله ما هذا العبد لي يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول
لا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك قوله بناء اي قال الخصاف تحليفه عند محمد بناء على ان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطات
بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها
لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول
محمد خلافا لابي يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن
ولمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لما اقره وقد اقر انه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره
صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب
وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال
عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي قال
لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل
على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة
لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المستعير كالمالك

العارية

النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر لا تملك نهي المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر
يجوز ان يوجر المستاجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها
تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك
منفعة داري هذه شهرا او ما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك
اجاب بقوله والمنافع قابلة للتملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك مما
لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وبحثه من اوجه الاول انه استدلال
في التعريف وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض لكونه
غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات
وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات
ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو
نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول
فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو
جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في
كلام المص ما ينافيه فالحمل عليه اولى قوله ولفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه
ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله
ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم
ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله والنهي منع عن
التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك
بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم تملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان
له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة
من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع
بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان
وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلقه به وتصح
بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد
العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه
مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما
صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز لتعلم ان الآخر حقيقة ومنحتك هذا
الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها
ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند
عدم ارادة الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث عرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام
وهو العارية وداري لك سكنى لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره
وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميز
تعينت المنفعة فحمل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة لفوه حمل المحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء

مجاز فهو صحيح لانه صح

الضمان ح

شا لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظ وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرف ان المنحة عارية خاصة
وفيه زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها
لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن ان هلكت
العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب اوجب بالاجماع
وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان
قبض المودع فيها لاجل المودع لا للمنفعة لنفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الا بدون
رضاه احتراز عن الاجارة فان المستاجر يقبض المستاجر بحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل
قبض باذن ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي
ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب فصار كالمقبوض على سوم الشراء
فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن
التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ
الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على خلاف القولين وما وضع
لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك
لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف
يكون يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على
المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض
ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه وقوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قوله ولهذا كان واجب
الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على
المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض
القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض
على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو
يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان
معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض
على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا اليه الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما
يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف
وقيل كتاب الاجارة من المبسوط وليس للمستعير ان يواجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين احدهما
ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل
الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول
فلانه يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد
الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها فاذا كانت باطلة كان بالتسليم
غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير
لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر لانه ظهر ملكه نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا

لم يعلم كونه عارية في يده دفعاً لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف
المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعير لانها اباحة المنافع على ما مرّ والمباح له
لا يملك الاباحة وهذا اى كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مرّ فيتضمن مثله
كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك
وتقريره لا نم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعاً للحاجة وقد مرّ لك
الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف
كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لانه رضى باستعماله لا
باستعمال غيره وقال هذا اى ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها
فقال وهى على اربعة اوجه وهى قسمة عقلية احدها ان يكون مطلقة في الوقت والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث
ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به اى نوع شاء
في وقت شاء عملاً بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافاً الى مثل ذلك
كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة فحملها قفيزاً من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيراً
استحساناً وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل
بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده
دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيداً وفي الثالث
والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع على هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له ان يحمل ويعير غيره
للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفاً لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب
بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في
الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وشيخ الاسلام قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار
الدراهم فقال له اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك كذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة
تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكاً للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة
او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقناً قيل لانه اقل ضرراً على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضرراً فهو الثابت
يقيناً ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق
الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً او يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له الا المنفعة
المسماة وصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها او سيفاً محلى ليتقلده يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها
والعيار المعيار الذي تقاس به غيره وتسوى واذا استعار ارضاً للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيهما وتكليف
قلع البناء والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعاً للحاجة واما الرجوع فلما
بينا يعني قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف بالقلع
فلان الرجوع اذا كان صحيحاً بقى المستعير شاغلاً ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت
فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده
مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف

خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور
يرجع على الغار دفعاً للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والعارية
ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت
معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك تعريه
حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لابد
من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس
اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى مدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً
واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكر القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد
ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه
ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس
محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعاً وتكليف القلع وضمان
النقصان الى صاحب الارض وهو ظ ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك في يده بطريق
الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر
لم يفت المنفعة ارضه مجاناً ولا زرع الآخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك
قال واجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر
وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب اجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه
لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجباً على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية
لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين
المستاجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبرعاً اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة
رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعاً للضرر عن المالك فيكون المؤنة عليه ومن استعار دابة
وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك وعلى المودع
الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان الاتيان
بالعارية عرف الناس غير ما وهو ان رد العوارى الى دار الملاك معتادة كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك
الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبداً فرده الى دار المالك لم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير
للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح
لانها امانة ولو حفظها على ايديهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضى به من المالك
الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به
وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان
المستعير لا يملك الايداع قصداً كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق
اولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعاً وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه
ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظ لا يحتاج الى شرح

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى
فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد
الاجماع ويصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب
كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان
الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا
الخلاف الصدقة ولنا قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض
بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد
بان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن
شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك
الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بعد
القبض لانه لا الزام ثمة زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالزام على المتبرع
لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول
كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجهه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك
الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت
الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الالحاق قوله وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث يخلف الموصى
في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن
خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في
المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس
ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف
في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث
ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله
القبول والمقصود منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب منه
تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه
الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان الايجاب
موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا يعمل في مقابلة الصريح وفيه
بحث لان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع من
البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى
لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر
العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نم ان مقصود
البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به
وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الالفاظ
صريح فيه والثاني يستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله اكل ولادك نحلت مثل هذا
روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله عم فحملني

الواجب الا به فهو واجب الهبة
عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه
لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف
قبل التسليم فلا يجب
ما يتم به صح

فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله عم فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال
لا فقال هذا جور قوله عم ولورثته من بعده اي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه
من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك
وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت
الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال في هذا نقض
في العارية من قوله لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة تحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك
ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية
كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عم المنحة مردودة قوله ولو قال داري لك
هبة سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز عما في قوله داري لك من الابهام وقوله
لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه
ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة
وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود انه ملكه الدار عمرة ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره لا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله
الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة
سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا للاسم لفظا بخلاف قوله تسكنها لكونه
فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم
الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة اولا وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا
في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار
والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل دون
النخيل والزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا حاز
وقبض الثمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى
قوله لا تجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم يقع جائزة ولكن غير مثبتة
للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك
فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم
والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة
ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب
الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي المشاع جائزة في الوجهين
جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظ وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع
بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع
فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان
البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان
يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكم
عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين
القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل الا نم

انتفا المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك
مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر
شركة وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك تدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان
القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عم لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان المنصوص
عليه يدل على الاعتنا بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب
او بالعكس فان كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما
فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم المنافية للاعتنا بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا
لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع
يدل على التزامه ضرر القسمة والضاير من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها
لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا ما يستلزمها ولهذا اي ولان في تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم
امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض
القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد
جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به هو العين ولقائل
ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به
كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويندفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة
على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب
الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة يحيي ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف
لا بعقد التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من
شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض
فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه اجيب بان كلامنا فيما
يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فتناسب
لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من
وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فيشبهه بالتبرع شرطنا القبض
فيه ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال ولو وهب
من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه
على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول وعلى هذا قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه
علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا تثبت
الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت
معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع
من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الآخر وسلمها جملة جاز
قال ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد
بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم
وهذا مما يرشدك ان مراد المص بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال عدم

عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز
في المشاع كما في المعدوم وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر
والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض
جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما
يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد
قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او بيعا فاسدا فوهبه اياه لم يحتج
الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة
ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه
من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد
بشرط الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب
فينوب عن قبض الهبة ويد المودع كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره
يعني في الاولين او في ملك غيره يعني في الآخر والصدقة في هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في
عيالها والاب ميت ولا وصي له وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه ولاية نوع وقيد بموت الاب
وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة
لاجل اليتيم قيل اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد
من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال
القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف
في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له
الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة وارى انه لم
يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد
بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح
مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة يقبض الاب لانه يملك لامر الدائر بين
النفع والضرر فالمحض نفعا اولى بذلك
قال واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف
في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه
اي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة الا يرى
ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة
وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان
قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا اولا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا
يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة
عليه وفي اعتبار الخلف توفير لها ايضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد
بين النفع والضرر سدا للباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره
براي الولي واذا وهبت للصغيرة زوج بينها فاما ان زفت اليه اولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب

منها

قد فوض امورها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك
ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المص عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم
من قال اذا كانت ممن لا تجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب وفي
الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها
غيرهما فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض ولا ضرورة مع حضور
الاب وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام
وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة ليست لغوى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا
عنها وان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وان له عليه يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع
اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي ح وقالا يجوز
لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك فلا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر
منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى وله ان
هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد
منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز
فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا وهب الملك شائعا
وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب
عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة
وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين
فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور
على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس
ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان
ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير يدل على ان الشيوع في الصدقة
لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل يدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في معنى الشيوع
فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل
الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تع وهو واحد لا شريك له فيقع جميع
العين لله تع على الخلوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والغرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح
وتاويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة وتجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان كل منهما تمليك بغير بدل
ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول
لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثها لشخص ووهبت لك ثلثها لآخر او بالتساوي كقوله
لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي ح مطلقا اعني سواء كان
متفاضلا او متساويا على اصله وجاز عند محمد مطلقا على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي
المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي
يدل عليه ظاهر كلام المص وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه

روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة المشايخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر
لان المص عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب
ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل
بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل
محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت
الملك في البعض نوع اختلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص
على الابعاض بالتنصيص بعد الاجمال كما في قوله لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على
الابعاض بالتنصيص اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما
صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة
بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا انه يستوي فيه
المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف
مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيص في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد
التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد
منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال
لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى
ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه
فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج
بالتذكير في قوله وهبة لاجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والآخر لم يقترن بمن موانع الرجوع
شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع
الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي
ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره
انا لا نم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأه قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك في مال
ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها
اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره
فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان
شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه
ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد
من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي
نفي استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان
له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي
القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباح
لا التعليم بدليل قوله عم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعل الكلب لا يوصف

بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف
دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب والموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب
له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او
يزيد زيادة متصلة ولابد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان المنفصلة
لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا يمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع
وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا فيها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط
كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع
الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب
والرجوع في الهبة في ان الزيادة المتصلة لا تمنع دون الرجوع في الهبة والمنفصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة
اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده ولا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان يكون مقصودة
بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد على مورد الفسخ والثاني كذلك لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام
لا محالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في
يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربوا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط
حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت
مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج
عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حيوته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا
خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك لتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل
العين وفي تبدل العين لم يكن الرجوع فكذا في تبدل السبب فان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع
من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري
الآخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله وكان ذلك
زيادة فيها والواو للحال لان ما لا يكون كذلك او كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها
وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان للالفاظ التي يستعمل في العوض عن الهبة ليقطع الرجوع
الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع
في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة
محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان يخص العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب
بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه شرايط الهبة من القبض والافراز
لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب الفا والعوض درهم منها او الموهوب دارا والعوض بيت منها
فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلاف
زفر فانه يقول التحق ذلك بساير امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض
صحيح دون ساير امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فايدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من اثبات
الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل
لان الموهوب له يؤدي الى المعوض كما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان
حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره وبغير امره ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له

الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظ واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان
امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف
العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا
الثلثة وقال زفر يرجع بنصف العوض قياسا احد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما متقابل بالآخر كما في بيع العرض
بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي
يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء
يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان العرض
انه عوض واجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة
النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس لم
الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا فانها تتم
مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب
قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض عليه لسقوط حق
الرجوع والعلة لا ينقسم على اجزاء الحكم قوله الا انه اي الآن الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع
في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي
من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية
ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان
العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزئ الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس
باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق قال ولا يصح
الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى او القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لا ان له الرجوع
عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة تقوي
بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر لما تقدم غير مرة والمخلص
حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت قوله وفي اصله وهما اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه
تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في معرب الوها بالمد خطا وانما هو الوها
وهو خطا لان مد المقصور السماعي ليس بخطا وخطأ ما ليس بخطا خطا قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء لان
مقصوده منها ان كان الثواب قد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضا او القضاء
حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان
اول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان منعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضا كان فسخا
من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد
بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على ما كان
موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتداء وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب
مبتدا بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع في بعضها
ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتداة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف
الآخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جايز الفسخ

لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا لانهما
يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وسواء الفسخ فيظهر على الاطلاق يشمل التراضي والقضا وقوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر وتقريره
ان الرد بالعيب بعد القبض انما يكون في صورة القضا خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل
الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه
العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البايع قضى
بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضا فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
سواء كان بالقضا او بالرضا وفايدة هذا انه لو وهب لانسان فوهبه الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء
رجع الثاني بقضا او بغيره خلافا لزفر في غيره واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه كذلك وبعد القبض
ان كان بقضا فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال واذا تلفت العين الموهوبة واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احتراز عن المودع
فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض لحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له في المحل واخباره بانه ملكه
والغرور يوجب الضمان كالبايع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم
وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب
ولم يذكره المص فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول
وهبتك هذا العبد بهذا العبد على ان تهب لي هذا العبد لا ان يقول بالثا فانه يكون ابتدا وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ
على فانه يكون هبة ابتدا فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا
صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتدا
وانتهاء ولان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظ
ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى والمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب
اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظ واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله
لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد
ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ
الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر
ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين
وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا
باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال ومن وهب
جارية الا حملها اعلم ان استثنا الحمل على ثلثة اقسام قسم منها ما يجوز اصل العقد ويبطل الاستثنا وقسم منها
ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة
لا يعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر
في البيوع فاذا لم يكن الاستثنا عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى
الحمل كان الاستثنا مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا يبطل بالشروط الفاسدة على ما يجي وطولب

وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وامره بجزه او
اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا
ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا
عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثنا هو الحكم
في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن
اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكرها
فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن
هبة مشاع فيكون جائزة واشبه الاستثنا لانه كان يجوز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز الهبة لان الحمل باق
على ملكه فلم يشبه الاستثنا في التجويز لان الجواز في الاستثنا كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير منع عن ذلك
فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان حكمه
الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم
مشاع يحتمل القسمة وكان المص لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما
اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل مسئلة التدبير
مشابهة بالاستثنا ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثنا التكلم بالباقي بعد الثنيا فان
الاستثنا بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابه
والمص اراد بالاستثنا استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهبها
له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها
او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوض لان الرد عليه
لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى
العقد لان مقتضى ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق او غير ذلك يعتد بها والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر في رجوعها
اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عم نهى عن بيع وشرط
ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال ومن له على اخر الف درهم
ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او
انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف
على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه
والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل
قولهم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرا المديون منه
او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب
انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا يتوقف على القبول ولو
قيل انه يرتد بالرد يتقيد باطلاقه ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرد
في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف
بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق

والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات يرد عليه جايزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده
لما روينا انه عم اجاز العمرى والشرط وهو قوله واذا مات يرد عليه بطل لما روينا انه عم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يوثر
في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا يبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره
داري لك رقبى باطلة عند ابي ح وم لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عندهما يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت
شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف جايزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر
ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى
الشعبي عن شريح ان النبي عم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذت
من المراقبة كانه يراقب موته وهذا التعليق بالخطر فيكون باطلا قوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها
لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرناه وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد
وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما هو متنازع فيه ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر ان النبي عم
اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه عم سئل عن الرقبى معنيا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه **فصل**
في الصدقة لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا
قال الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان
الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها
وفيه تامل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول
الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض ثمه حصول العوض ووجه
الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل
وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في
عدمه ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة قوله
ومن نذر ان يتصدق بماله آه ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة هنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة
شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر
معنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان
كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما
ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يدخل فيها وابل تحمل اثقاله الى
بلد لم يكن يبلغه الا بشقة الانفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين
واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل
شرعيتها فسنذكران شاء الله تع **قال** الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي
لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع
وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا
بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله عم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء
الاجر دليل على صحة العقد وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها
وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة

ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها
وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها
واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد
ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حق المنفعة يعني تراخي حكم اللفظ
الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع
يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح
الاجارة حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما
يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع
وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى
بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون
ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة
لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة
صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس
فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب بان النظر على المثال
ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا
اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا قوله فهذا اللفظ يريد به قوله
وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال
فجاز ان يقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي آه ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في
الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قال** والمنافع تارة تصير
معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لا بد وان يكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فتارة
تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان بين ما يزرع فيها متفاوتة فاذا لم يعين افضى الى
النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة
التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في
البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة
والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه آخرون منهم
الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يعتبر بموت العاقدين او
احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امراة الى مائة سنة
فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا
اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقاف لا يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف
الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف
ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى
الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوب وبين

الثوب ولون الصبغ وقدره واستاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة يصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق الاجرة

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب ان يفرد لها باب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس الاوضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا يملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز سائغ لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى تملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر كذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالبة فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي يوسف وابي حنيفة ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه وصح الابراء بعد وجود السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما ذاب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم تكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك قوله واذا قبض المستاجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء فعلى هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من العيوب من اجنبي سلطان

او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها لكن استاجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب او لم يكن شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد ممنوع عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا يمنع عن الانتفاع به والعرف قاض في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر ومن استاجر دارا هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا وان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق تحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يتم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياطة لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي فان قال المصنف فلا يتوزع الاجر على اجزاء المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض منقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياطة تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فان لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير منتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطالب باجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على ان من استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر

ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما
ذكر في الكتاب فيحتمل ان المص اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني بهذا الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل
على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وارى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس
الحكم مثلا والبدن او للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وح يصير كل جزء بمنزلة ثوب
على حدة باجرة معلومة فاذا فرغ من عمله فيستوجب اجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معنى المص والله اعلم **قال** ومن
استاجر خبازا ليخبز له ذكر بهذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك
من مسئلة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر
حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج
لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل خبزه في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف
على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه وقع
على العمل فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج
والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه قال المص وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي ح لانه
امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم
والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه
الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه
رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو مجري على عمومه بانه لا ضمان
بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن
استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تقديمه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه
الغرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي ح باقامتها فان افسده المطر ذلك واكسر فلا اجر له لانه يصير
مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه اي ينضده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من
تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظ **قال** وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار
والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب هذا ظ والمعقود عليه جاز حبسه
لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين ضروريا
فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان
لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يو وم العين كانت
مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول لا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في
باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال بالحا والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم
في العين بل انما هو قايم بالعامل ولا يتعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى
ازالة الوسخ بالما واما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المص وذكر في المبسوط وجامع قاضي
خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين قيل هو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله
قوله وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قايم ووجه
ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر
فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب العلما الثلثة وقال زفر قيل وهو مذهب الشافعي ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي

الذي لعمله فيه اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت
صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك بالاتصال من حيث التسليم
فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان يحبسه وقد تقدم وصار كقبض المشتري
المبيع بغير رضا البايع فان للبايع ان يحبسه وان تسلمه المشتري لكونه بغير رضاه **قال** واذا شرط على الصانع ان
يعمل بنفسه واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا
واليه اشار المص بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في
محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع
منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن
ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل
عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وعقبه لا اصل البنا لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض ومن استاجر
رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجا بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان
كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المص واليه اشار بقوله ومراده يعني القدوري اذا كانوا معلومين وان استاجر
ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر
الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي ح وابي يو وقال محمد له اجر الذهاب وهذا بنا على ان المعقود عليه
قطع المسافة او نقل الكتاب فوقع عند محمد انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب فقد اوفى بعض المعقود عليه
بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب
وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا اجر
له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناهض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع
المسافة لم ينقض ما قطعه منها

باب [illegible]

لما فرغ من ذكر الاجارة و
شرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد
خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا **قال** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قبل صورة المسئلة
ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره وذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين
لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه سمي مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الاستغلال
وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه
قوله ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه
ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شي من السكنى والاسكان
والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه
ليس بمقيد بشي دون شي الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالما او الدابة دون اليد ان لم يوهن البنا وفي الجملة
كل ما لم يتضرر به البنا جاز ان يعمله فيه ويتقيد به **قوله** لا يسكن يجوز ان يكون بفتح اليا **وقوله** حدادا يكون نصا على
الحال ويتعلق به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم اليا والمنصوب مفعول به ويتعلق به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو
الضرر بالبنا ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه استاجرها للزراعة
لانها قد يستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه

فلابد من التعيين قطعاً للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية
الى النزاع ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تخصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق
العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهى الارض
الخالية من البناء والشجر ليبنى فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة
لزم المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لانهاية لهما فى ابقائهما ضرر لصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب
الموجر فان الارض اما ان ينقص بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه برضى المستاجر او لا
وان شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثانى فله ان يغرم قيمة ذلك
مقلوعاً لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها
نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر ففى تركه
باجر رعاية للجانبين فيصار اليه واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجرة مسئلة ويجوز استيجار الدواب
للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب لم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب
من شاء او على ان يركب فلانا فهى ثلثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب
شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى
شيئا بخمر او خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جايزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها
ارتفعت من الابتدا لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتدا واذا ارتفع الجهالة من الابتدا صح العقد فكذا
ههنا وان كان الثانى صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل
على الوجه الذى قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور فى الكتاب اولا والمراد بقوله
فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من شاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره
فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار
فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد تتفاوت السكان
ايضا فان سكنى بعض قد تتضرر كالحداد ونحوه اجاب بقوله والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت
لك تستغن عما فى النهاية من التطويل وقول المص ويجوز استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة
او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله فى الضرر
كحنطة اخرى غير ما او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا او ذكر فى
النهاية ان فى الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل والسمسم ايضا فان السمسم اوضح
مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعنى به اذا كان مثلا ولكونه خيرا
يعنى به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا فيه
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه كان ربما اضر على الدابة لاجتماعه
فى موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير
الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من
الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان
الادمى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة فى الجنايات جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا
جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر تاثيرا من
عشر جراحات فيقتل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة
الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت بما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه
وغير ماذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها تطيق حمله واما اذا كان لا يطيقه مثلها ضمن
كل قيمتها بعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استاجرها ليحملها
خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه
ماذون فى مقدار المسمى وغير ماذون فيتوزع الضمان ونوقض بما لو استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن
احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كان الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن
العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة
واحدة فهو ماذون فى بعض دون بعض فيتوزع الضمان على ذلك ولهذا اندفع ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها
فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع
القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره فركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة
لان فى الاركاب منفردا مخالف من كل وجه وفى الارداف ماذون من وجه دون وجه وهو يتبع حمله كما مر مسئلة
وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة بلجامها اى جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى او ضربها فعطبت ضمن عند
ابى ح وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان
لحصوله باذنه وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى
المتعارف للعهد اى الكبح المتعارف وح يكون لا مرادا لان العقد المطلق تنبا وله غيره ولابى ح ان القول بالموجب
اى سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما تنوع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بدونها
وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور فى الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان
يسكنها النعمان بن منذر وهى على راس ميل من الكوفة فجاوز بها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر
ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ فى معنى هذا الوضع فمنهم من اول المسئلة
بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية
اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نايب المالك والرد الى النايب رد الى المالك معنى اما اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع
بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو حافظ وكل من هو كذلك بقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لبقاء الامر لكونه
مقصودا وح يكون الرد رد الى نايب المالك والمستاجر والمستعير ماموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا
انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نايبا ليكون الرد اليه ردا والابراء
الا بالرد الى المالك او نايبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرا وان لم يوجد الرد على احد
هذين والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما
لجواز ان يحصل البراءة بسبب اخر والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه
ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك او نايبه ازالة للتعدى وهو يصلح مبريا عن الضمان والرد الى من لم يوجد
منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب
رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضمونا
بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان المستا

يد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف العارية
والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط
كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الخطأ فيه مقصودا
وذلك موجود فيهما لا محالة وقوله وهذا اي الاجر على الاطلاق اصح ومن اكرى حمارا باسرج فاستعمله معا
فان نزع فاكل ان يستعمله بسرج كونه او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمار او لا وكذلك
الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع
يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه اذا كان غيره يماثله وفي بعض
النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد
لم يتناوله الاذن فكان مادونا في المسمى بغير ما دون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى
ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها
لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمار يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله
الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمار ضمن عند ابي حنيفة ولم يتبين مقدارا مضمونا اتباعا
لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد
فمن المشايخ من قال ليس في المسألة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية
الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح والحلواني
معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ثم منهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان
السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن قدر نصف قيمتها ومنهم من قال
معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها واليه
اشار المصنف في الدليل لانه اذا كان يوكف مثله الحمار كان هو والمسروج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان
زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب ينبسط احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا
فانه يضمن لان الشعير ينبسط على الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر
لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه ومن استاجر حمالا ليحمل طعاما
في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون مسلكه مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت
بان يكون احدهما اوعر او اخوف او نحو ذلك او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول
ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد
بما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني
اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة
وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر
وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة **مسئلة** ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
ومن استاجر ارضا لزراعة شيء فزرع ما مثله الضرر بالارض او ما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع
ما هو اضر بها كالرطاب فمن استاجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر تصيره المستاجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ولسقط الاجر
والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى خياط ثوبا

ثوبا فخاطه وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب
رضي بالمسمى مقابلا بالخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها **قال** الاجارة تفسد بالشروط يفسد الاجارة
بالشروط فساد البيع بها لانها نظيره في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط
الاقل من اجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل
الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ
نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة
بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة يندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار صحة الاجارة
الفاسدة الا ان الفاسدة يتبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر
بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت
التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان
العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره ليتذكر الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر
دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة
كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور لذلك
ومحصور الترجيح بلا مرجح والواحد فيها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة الآخر او لا اختلف فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه
على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد
فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المشايخ وظاهر
الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا
في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى راس الشهر
والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكر والذلك طرقا ثلثة منها ان يقول
الذي يقول الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون فسخا مضافا الى راس
الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر
من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر
رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء
فذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا ابدا الا الحال
لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم
شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست
بمحل له ولو صح ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزمه وربما لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى
غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلثمائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية

عن ابی یوسف ان الاول بالایام والباقی بالاهلة فیکون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالایام یکمل بما بقی من الشهر الاول من الشهر الاخر
لان الایام یصار الیها ضرورة والضرورة فی الاول منها فلا یتعدی الی غیره ولابی حنیفة ان تمام الاول واجب ضرورة تسمیته شهرا
وتمامه انما یکون ببعض الثانی فاذا تم بالایام ابتدأ الثانی ضرورة وکذلک الی آخر السنة ونظیره العدة وقد مر فی الطلاق قال
صاحب النهایة هذه حوالة غیر رائجة فان مثل هذا الاختلاف علی ان الاشهر کلها عند ابی حنیفة بالایام وعندهما الباقی بالاهلة
والاخر بالاشهر لم یمر فی الطلاق وما یتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال فی کتاب الطلاق ثم ان کان الطلاق فی اول الشهر
یعتبر الشهور بالاهلة وان کان فی وسطه فبالایام فی حق التفریق وفی حق العدة کذلک عند ابی حنیفة وعندهما یکمل الاول بالاخر والمتوسط
بالاهلة وهی مسئلة الاجارات **قال** ویجوز اخذ اجرة الحمام والحجام و استیجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جایز اما الحمام
فلجریان العرف بذلک والقیاس عدم الجواز للجهالة ولکنه ترک لاجماع المسلمین قال عم ما راٰه المسلمون فهو عند الله حسن
واما الحجام فلما روی ان النبی عم احتجم واعطی الحجام اجره ولانه استیجار علی عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فیقع جایزا
وانما ذکرهما فی الاجارة الفاسدة مع کونه جایزا لان لبعض الناس فیه خلافا فان بعض العلماء کره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله
الحمام شر بیت ومنهم من فصل بین حمام الرجال والنساء فکره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهین عن البروز امرن بالقرار
وروی عن احمد بن حنبل انه لم یبح اجرة الحجام وکره کسبه عثمان وابو هریرة والحسن والنخعی روی ابو هریرة ان رسول الله
قال ان من السحت عسب التیس ومهر البغی وکسب الحجام والصحیح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء
جمیعا للحاجة والحاجة فی حق النساء اظهر لان المراة تحتاج الی الاغتسال عن الجنابة والحیض والنفاس ولا تتمکن من
ذلک فی الانهار والحیاض تمکن الرجال وقد صح ان النبی عم دخل حمام الجحفة وتاویل ما روی من الکراهة هو ان یدخل
مکشوف العورة فاما بعد التستر فلا باس بالدخول ولا کراهة فی غلته کما لا کراهة فی غلة الدور والحوانیت والنهی فی
کسب الحجام قد انتسخ بما ذکر فی آخر حدیث ابی هریرة فاتاه رجل من الانصار فقال ان لی ناضحا وحجاما افاعلف
ناضحی من کسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لی عیالا وحجاما افاطعم عیالی من کسبه قال نعم فالرخصة بعد النهی دلیل انتساخ
الحرمة ولا یجوز اخذ اجرة عسب التیس ای ضرابه وهو ان یوجر فحلا لینزو علی الاناث ورخص بعض الشافعیة والحنابلة لجوازه وجها
وهو انه انتفاع مباح ولهذا اجاز بطریق الاستعارة والحاجة تدعو الیه فکان جایزا کاستیجار الظئر للارضاع **قلنا**
هو مخالف لقوله عم ان من السحت عسب التیس رواه البخاری ومراده اخذ الاجرة علیه ولا یجوز الاستیجار علی الاذان
والحج وکلامه فیه ظاهر وقوله علی عمل معلوم غیر متعین علیه اشارة الی الاحتراز عما لو تعین الشخص بان لا یوجد غیره للامامة والاقراء والتعلیم فانه لا یجوز
استیجاره بالاجماع وبعض مشایخنا یرید به مشایخ بلخ استحسنوا الاستیجار علی تعلیم القرآن الیوم یعنی فی زماننا
وجوزوا الضرب المدة وافتوا بوجوب المسمی وعند عدم الاستیجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه
ظهر التوانی فی الامور الدینیة ففی الامتناع تضییع حفظ القرآن وقالوا انما کره المتقدمون ذلک لانه کان للمعلمین عطیات
من بیت المال فکانوا مستغنین عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد کان فی الناس رغبة فی التعلیم بطریق الحسبة ولم یبق ذلک
وقال ابو عبد الله الخیزاخزی یجوز فی زماننا للامام والموذن والمعلم اخذ الاجرة ذکره فی الذخیرة ولا یجوز الاستیجار علی الغناء
والملاهی لانه استیجار علی المعصیة والمعصیة لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به کان وجوب ما یستحق المراد به عقابا مضافا
الی الشرع وهو باطل **قال** ولا یجوز اجارة المشاع عند ابی حنیفة الا من الشریک ولا یجوز ان یوجر الرجل نصیبا من داره
او نصیبه من دار مشترکة من غیر الشریک عند ابی حنیفة سواء کان النصیب معلوما کالربع ونحوه او مجهولا وقالا یجوز لان المشاع
له منفعة ولهذا یجب اجر المثل وما له منفعة یرد علیه عقد الاجارة لانه عقد علی المنافع فکان المقتضی موجودا والمانع وهو
عدم القدرة علی التسلیم منتف لانه ممکن بالتخلیة او بالتهایؤ فصار کما اذا آجر من شریکه او من رجلین وصار کالبیع ولابی حنیفة انه
آجر ما لا یقدر علی تسلیمه ویمکن توجیهه علی وجهین احدهما ان یکون معارضة وتقریره آجر ما لا یقدر علی تسلیمه لان
تسلیم المشاع وحده سواء کان محتملا کالدار او لا کالعبد غیر متصور وما لا یقدر تسلیمه لا یصح اجارته لعدم الانتفاع
به والاجارة عقد علی المنفعة لیکون دلیلا مبتدأ من غیر تعرض لدلیل الخصم والثانی ان یکون ممانعة وتقریره لا نسلم انتفاء
المانع فانه آجر ما لا یقدر علی التسلیم وعدم التسلیم یمنع صحة الاجارة وقوله والتخلیة جواب عما قالا والتسلیم ممکن
بالتخلیة ووجهه ان التخلیة لم یعتبر تسلیما لذاتها حیث اعتبرت بل لکونها تمکینا وهو ای التمکین هو الفعل الذی
یحصل به التمکن فکانها اعتبرت علة وهی وسیلة الی التمکن والتمکن فی المشاع غیر حاصل ففات المعلول واذا
فات المعلول لا یعتبر بالعلة بخلاف البیع فان المقصود به لیس الانتفاع بل الرقبة ولهذا اجاز بیع الجحش فکان التمکن
بالتخلیة فیه حاصلا وقوله واما التهایؤ جواب عن قولهما او بالتهایؤ وحاصله ان التهایؤ من احکام العقد
بواسطة الملک فهو متاخر عن العقد الموجب للملک وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة علی التسلیم ولا یمکن اثباته
بالتهایؤ لانه لا یمکن ان یکون ثبوت الشیء بما یتاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا آجر من شریکه جواب عن
قولهما فصار کما اذا آجر من شریکه وتوجیهه انه اذا آجر من شریکه فالکل یحدث علی ملکه فلا شیوع وفیه نظر
لانه لو لم یکن فیه شیوع لجاز الهبة والرهن من الشریک لکنه لم یجز واجیب بان المراد لا شیوع یمنع التسلیم
وهو المقصود فیما نحن فیه فالمنفی شیوع موصوف ویجوز ان یکون الشیوع مانعا لحکم باعتبار دون آخر فیمنع عن
جواز الهبة من حیث القبض فان القبض التام لا یحصل فی الشایع کما تقدم ان الشریک والاجنبی فیه سواء
ویمنع جواز الرهن لانعدام المعقود علیه وهو الحبس الدایم لانه فی الشایع غیر متصور والشریک والاجنبی فیه سواء
واما ههنا فلا ینعدم المعقود علیه وهو المنفعة وانما یتعذر التسلیم وذلک لا یوجد فی حق الشریک وقوله والاختلاف
فی النسبة لا یضره جواب عما یقال سلمنا ان الکل یحدث علی ملکه لکن مع اختلاف النسبة لان الشریک ینتفع بنصیبه
بنسبة الملک وبنصیب شریکه بالاستیجار فیکون الشیوع موجودا ووجهه ذلک ان الاختلاف فی السبب غیر معتبر
اذا اتحد المقصود علی انا نمنع جوازه علی روایة الحسن عنه فکان کالرهن علی هذه الروایة وقوله وبخلاف الشیوع
الطاری بان آجر رجل من رجلین ثم مات احدهما فانه یبقی الاجارة فی نصیب الحی شایعا فی ظاهر الروایة
لان القدرة علی التسلیم لیس بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسلیم ووجوبه فی الابتداء دون البقاء لیس له تعلق
ظاهر الا ان یجعل تمهیدا للجواب عن قولهما او من رجلین لکنه فی قوله بخلاف ما اذا آجر بنوه عن ذلک یعرف بالتامل
قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلین جواب عن ذلک ووجهه ما قال ان التسلیم یقع جملة ثم الشیوع بتفرق
الملک فیما بینهما طاری فان قیل لا نم انه طار بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجیب بان بقاء
الاجارة له حکم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا یکون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغیر اللازم هو الذی یکون
للبقاء فیه حکم الابتداء کما تقدم فی الوکالة علی انه لو ثبت ههنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم یقول لا بقاء للعقد
فیها والصواب ان یقال الطریان انما هو علی التسلیم لا علی العقد وذلک مما لا شک فیه **قال** ویجوز استیجار
الظئر باجرة معلومة استیجار الظئر باجرة معلومة جایز لقوله تعالی فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن یعنی بعد الطلاق
ولان التعامل به کان جاریا فی عهد رسول الله عم وقبله واقرهم علیه واختلف العلماء فی المعقود علیه فقیل هو المنافع
وهی خدمتها للصبی والقیام به واللبن تبع کالصبغ فی الثوب وهو اختیار صاحب الذخیرة والایضاح والمصنف
وقیل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختیار شمس الائمة السرخسی حیث قال فی المبسوط والاصح ان العقد یرد علی اللبن
لانه هو المقصود وما سوی ذلک من القیام بمصالحه تبع والمعقود علیه ما هو المقصود وهو منفعة الثدی ومنفعة
کل عضو علی حسب ما یلیق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعه بلبن شاة لا یستحق الاجر وبین ما هو
المختار عنده بقوله والاول اقرب الی الفقه لان عقد الاجارة لا ینعقد علی اتلاف الاعیان مقصودا کمن استاجر بقرة لیشرب

لبنها وعد بيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة وبحث صاحب النهاية من اختيار المص ما اعرض عنه شمس الائمة بعد روية
الدليل الواضح وهو تقليد صرف لا الدليل لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع والقيام بامر
معاش الصبي على وجه خاص متعلق بامور ووسايط منها اللبن فحل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان
عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد
انه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه
بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه
من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة
باحد الطريقين صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها
حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس
ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كساير الاجارات وبطعامها وكسوتها
ايضا استحسانا عند ابي حنيفة لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد برفع الجهالة بخلاف ما قالاه
من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها يفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها
وذكر رواية الجامع الصغير الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى المقدار دراهم
بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي
ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء
الدراهم المسماة وهو حق ولو قدر في كلام المص لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك وهذا اي جعل
الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله اي تأجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصاف
اي اوصاف الطعام بتأويل الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوبها في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيلها
بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان
له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والشافعي ~~متن~~ وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها
لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة
صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظئورة زوجته اولا وهو الاصح لانها ان كانت
ترضع في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضع في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في
منزله كما ان للمستأجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان
يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا يفسخ به الاجارة كما
لو مرضت قوله وعليها ان يصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر وقوله
وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس
بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل لا لاتيان اللبن ولهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة
لم يستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل
بدل من قوله لهذا المعنى في بعض النسخ وهو انسب وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها
اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء
لم يضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من
غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده وفي نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل

ما يدل على انها يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو اجرت نفسها بقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت
كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها يحتملها فعلنا بانها
يستحق الاجر منهما كملا يشبهها بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص ~~متن~~ ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما له
بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة ببعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي عم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر
ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف دبار
على ذلك فهل يترك القياس قلت لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل
لا نترك بل نخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم
بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى تخص عرف ذلك موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز
ذلك هو ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد
قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد
فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى لان
المستأجر ملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا طعاما
مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم
المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر يلوح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون
شريكا ولكن يفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر قوله ولا يجاوز
بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من
المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف فلا يجاوز باجره نصف
عن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا
جميعا فهما شريكان على السواء ~~متن~~ ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع
سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزاد او ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب
الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند
ابي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا
وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل جاز العقد ويجعل
ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا
مما لا بد منه دفعا للجهالة ليصح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان
ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر و
الجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع
الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجر اجره نظرا
الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون
لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا

للتعجيل ويكون

لنجز لتغير رفيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جايزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز
وهو نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا
ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين السابقة فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه
فحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل يؤيده ما روى عن الشيخ وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال صحت الاجارة
لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد
التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة يستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه
ويلزم الجهالة ومن استاجر ارضا على ان يكربها تبين في هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع
فان استاجر ارضا على ان يكربها او يزرعها او يسقيها فهو جايز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتاتى الا بالسقي والكراب فكانا
من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على
وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان
ردها مكروبة فلا شك انه لا يقتضيه لان الزراعة لا يتوقف على الارض وان كان المراد بها ان يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا في
موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كان
تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول ح من مقتضياته والثاني ليس فيه
لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل
ونفاه المص وقال بل المراد بها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعة في العام القابل دون الاول واذا استاجر ارضا ليزرعها
بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جايز لان
المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على الموجر ولو لم يكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان
ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقد
تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي في البيوع الى هذا اي الى هذا الطريق اشار محمد وهو ما روى ان ابن
سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك
زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسا والجبائي اسم محدث كان يتكلم الخوض على ابن سماعة في هذه المسئلة
بل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن
فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما
ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد تأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا
كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء
شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة
فبالالحاق يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصح الثاني تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه
دون ما يصح لفقدانها فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق آخر وهو ان يقال
المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر اولا فان كان لزم النساء وهو مبطل وان
لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال فيه غير حاصرة لجواز ان يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان
الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف

بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي
اجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه معناه لقيام العين مقام المنفعة
فيما لم يصح الثاني اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد
فاسد فعليه اجر المثل وروى بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت
واذا كان الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان
يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي لان المنفعة عين عنده وبيع العين
شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليصنع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا
مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع اذ الحمل يقع
على معين والشايع ليس بمعين فاذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل يقع
وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا
واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه
متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب قوله
بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشايع سايغ شرعا كما
اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشايع ما يحمل
من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق
التسليم اليه ولقائل ان يقول الحكم من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني
حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط
لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله
عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة
جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق
بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه
هو العمل وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك
ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع كما في البيع
بخلاف الحمل لانه فعل حسي فكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا باتباع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع
لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه للزراعة او لغيرها
او بين انها للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر لغيرها كالبناء
والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فيه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير
وجهالة المعقود عليه يفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون ذلك وهو قول زفر
لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم لوقوع ما وقع منها
من الزرع لان الاجارة عقد ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرفا انه ضار او ليس بضار وقد ارتفع
الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت كان ارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من
الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استاجر الى الدياس شلاثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه كما اذا باع بشرط
الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك ايضا لكن لما ثبت

ذلک بدلیله فیما تقدم ذکرہ ہہنا بطریق المبادی لا یقال فی ذکر ہذه المسئلة تکرار لانه ذکر فی اول باب ما یجوز من الاجارة ویجوز
استیجار الاراضی للزراعة ولا یصح العقد حتی یسمی ما یزرع منها لان ذلک وضع القدوری وہذا وضع الجامع الصغیر یشتمل علی
زیادة فایدة ہی قوله وان زرعها ومضی الاجل فله المسمی ومن استاجر حمارا الی بغداد بدرہم ولم یسم ما یحمل علیه ما یحمله
الناس فہلک فی نصف الطریق فلا ضمان علیه لان الاجارة وان کانت فاسدة فالعین المستاجرة امانة فی ید المستاجر لان
حکم الفاسد انما یوخذ من الجایز اذ لا حکم للفاسد بنفسه لان مباشرته مامور بنقضه فلا بد وان یوخذ من الصحیح حکمه فان
بلغ بغداد فله الاجر المسمی استحسانا کما مر فی المسئلة الاولی وہی قوله وجه الاستحسان ان الجہالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه
لما حمل علیه ما یحمله الناس من الحمل فقد تعین الحمل وارتفعت الجہالة المفضیة الی النزاع فانقلب الی الجواز ووجب المسمی وان اختصما
قبل ان یحمل علیه وفی المسئلة الاولی قبل ان یزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قایم بعد

باب احکام الا[illegible]

لما فرغ من بیان انواع الاجارة شرع فی بیان احکام بعد الاجارة وہی الضمان **قال** الاجراء علی ضربین الاجراء
جمع اجیر وہو علی نوعین اجیر مشترک واجیر خاص والسوال عن وجه تقدیم المشترک علی الخاص دوری قیل وتعریف
الاجیر المشترک بقوله من لا یستحق الاجرة حتی یعمل ایضا تعریف دوری لانه لا یعلم من لا یستحقها قبل العمل حتی یعلم الاجیر
المشترک فیکون معرفة المعرف موقوفة علی تعریفه المعرف وہو الدور واجیب بانه قد علم مما سبق فی باب الاجر متی یستحق
ان بعض الاجراء یستحق الاجرة بالعمل فلم یتوقف معرفته علی معرفة المعرف وقیل قوله من لا یستحق الاجرة حتی یعمل مفرد والتعریف
بالمفرد لا یصح عند عامة المحققین فاذا انضم الی ذلک قوله کالصباغ والقصار کاد ان یکون تعریفا بالمثال وہو صحیح لکن فیه
لان المعقود علیه ینافی ذلک لان التعلیل علی التعریف غیر صحیح وفی کونه مفردا لا یصح التعریف به نظر والحق ان یقال انه
من التعریفات اللفظیة وقوله لان المعقود علیه اذا کان العمل کان له ان یعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بیان
المناسبة التسمیة وکانه قال من لا یستحق الاجرة حتی یعمل سمی بالاجیر المشترک لان المعقود علیه الخ ویویده قوله فمن ہذا الوجه یسمی
مشترکا والمتاع امانة فی یده ان ہلک لم یضمن شیئا عند ابی حنیفة وہو قول زفر ویضمنه عندہما الا من شیء غالب کالحریق الغالب
والعدو المکابر لہما ما روی عن عمر وعلی انهما کانا یضمنان الاجیر المشترک ولان الحفظ مستحق علیه اذ لا یمکنه العمل الا به
والحفظ اذا ہلک المتاع بسبب کان الاحتراز عنه ممکنا کالغصب والسرقة وترک المستحق علیه تقصیر من جہته فوجب الضمان
کالودیعة اذا کانت باجر فانہما یقولان انا نصور المسئلة فی حافظ الامتعة باجر فہلک الامتعة فانه یضمن وان کان العین
عنده امانة بخلاف اذا لم یمکن الاحتراز عنه کالموت حتف انفه والحریق الغالب وغیر ذلک لانه لا تقصیر من جہته ولابی حنیفة ان
العین فی یده مضمونا بضمنه کما فی المغصوب فان قیل الاعتبار لیس بصحیح لان ما نحن فیه الحفظ فیه مستحق وقد فات
بما امکنه التحرز فوجب الضمان والغصب لیس کذلک اجاب والحفظ مستحق علیه تبعا لا مقصودا وذلک لان العقد وارد
علی العمل لکونه اجیرا مشترکا والحفظ لیس بمقصود اصلی بل لاقامة العمل فکان تبعا ولہذا لا یقابله الاجر واذا کان تبعا ثبت
الضرورة اقامة العمل لم یتعد الی ایجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق علیه مقصودا حتی تقابله الاجر **قال**
وما تلف بعمله کتخریق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجیر المشترک کتخریق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذی یشد به المکاری الحمل وغرق السفینة من مدها صاحبها مضمون وقال زفر والشافعی لا ضمان علیه لانه امر
بالفعل مطلقا اذا استاجره لیدق الثوب ولم یزد علی ذلک ما یدل علی السلامة والمطلق ینتظم الفعل بنوعیه السلیم والمعیب عملا
بالاطلاق وصار کالاجیر الوحد ومعین القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ای الامر ما ہو الداخل تحت العقد لان
الامر انما ثبت بالعقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد ہو العمل المصلح لانه ہو الوسیلة الی الاثر الحاصل فی العین من
فعله الذی ہو المعقود علیه فی الحقیقة لکونه ہو المقصود حتی لو حصل ذلک بفعل غیر الاجیر وجب الاجر واذا کان کذلک کان
الامر مقیدا بالسلامة فلم یکن المفسد مامورا به بخلاف معین القصار لانه متبرع فلا یمکن تقیید عمله بالمصلح لانه یمتنع عن التبرع

التبرع وفیما نحن فیه یعمل بالاجر فامکن تقییده وللخصم ان یلتزم جواز الامتناع عن التبرع فیما یحصل به المضرة لغیر من تبرع له ولو علل
بان التبرع بالعمل ثمرته الجنة وہی لا یقتضی السلامة کان اسلم وبخلاف الاجیر الوحد علی ما نذکره قوله وانقطاع الحبل جواب
عما عسی ان یقال انقطاع الحبل لیس من صنع الاجیر فما وجه ذکره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاہتمام فکان من
صنعه الا انه لا یضمن به ای بفعله بنی آدم ممن غرق فی السفینة او سقط من الدابة وان کان بسوقه وقوده لان الواجب
ضمان الآدمی وضمان الآدمی لا یجب بالعقد وانما یجب بالجنایة ولہذا یجب علی العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استاجر
من یحمل له دنا من الفرات فوقع فی بعض الطریق فانکسر فان شاء ضمنه قیمته فی المکان الذی حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه
قیمته فی الموضع الذی انکسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة فی الفرات لان الدنان کانت تباع ہناک اما الضمان
فلما قلنا انه اجیر مشترک وقد تلف المتاع بصنعه کما فی تخریق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد
تقدم ان کل ذلک من صنعه ولم یدخل تحت العقد واما الخیار مع ان القیاس یقتضی ان لا یخیر عند ابی حنیفة بل یضمنه قیمته
فی المکان الذی انکسر لان المال عنده امانة فی ید الاجیر المشترک واذا کان امانة وجب ان لا یضمن قیمته فی المکان الذی
حمله منه فلانه اذا انکسر فی الطریق والحمل شیء واحد تبین انه وقع تعدیا من الابتداء من ہذا الوجه ومن حیث ان ابتداء
الحمل حصل باذنه لم یکن تعدیا وانما التعدی عند الکسر فیختار ای الجہتین شاء فان اختار الوجه الثانی فله الاجر بقدر ما
استوفی من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفی اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم یتجاوز
الموضع المعتاد فلا ضمان علیه فیما عطب من ذلک فی الجامع الصغیر بیطار بزغ الخ اما اختار روایته لنوع بیان لیس فی
روایة القدوری فکل منہما یشتمل علی نوع من البیان اما فی القدوری فلانه ذکر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ویفید انه
ان یجاوز ضمن واما فی الجامع الصغیر فلانه بین الاجرة وکون الحجامة بامر المولی والہلاک ویفید انها اذا لم یکن بامره ضمن
ووجه ذلک ان الہلاک لیس بمقارن وانما ہو بالسرایة بعد تسلیم العمل والتحرز عنها غیر ممکن لانه ای السرایة یبتنی علی قوة
الطباع وضعفها فی تحمل الالم وما ہو کذلک مجہول والاحتراز عن المجہول غیر متصور فلم یمکن التقیید بالمصلح من العمل لئلا
تقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا کذلک دق الثوب ونحوه لان الہلاک مقارن بالدق قبل ان یخرج العمل من ضمان
القصار والتحرز عنه ممکن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتہاد فامکن القول بالتقیید فان قیل قد علم من روایة
الکتابین ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب علیه الضمان لکن لم یعلم منہما قدر الضمان علی تقدیر الحیوة
والموت اجیب بان ذلک یجب قدر التجاوز حتی ان الختان اذا اخطأ فقطع الحشفة ان برئ ضمن کمال الدیة
وان مات فعلیه نصف بدل النفس فان قیل ہذا مخالف لجمیع مسائل الدیات فانه کلما ازداد اثر جنایته انتقص ضمانه
اجیب بان محمدا قال فی النوادر انه لما برئ کان علیه ضمان الحشفة وہی عضو مقصود لا ثانی له فی النفس فیتقدر بدله ببدل
النفس کما فی قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلین احدہما مازون فیه وہو قطع الجلدة والآخر
غیر مازون فیه وہو قطع الحشفة فکان ضامنا نصف بدل النفس لذلک فان قیل التنصیف فی البدل یعتمد التساوی فی
السبب وقد انتفی لان قطع الحشفة اشد افضاء الی التلف من قطع الجلدة لا محالة فکان کقطع الید مع حز الرقبة اجیب
بان کل واحد یحتمل ان یقع اتلافا وان لا یقع والتفاوت غیر مضبوط فکان ہدرا بخلاف الحز فانه لا یحتمل ان لا یقع اتلافا
قال والاجیر الخاص الاجیر الخاص ہو الذی یستحق الاجرة بتسلیم نفسه فی المدة وان لم یعمل کمن استوجر شہرا
لخدمة شخص او لرعی غنمه وقد ذکرنا ما یرد علی الاجیر المشترک والجواب عنه فعلیک بمثله ہہنا وقد ذکر وجه التسمیة وہو قوله
ولہذا ای ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له بقی الاجر مستحقا وان نقض العمل علی بنا المفعول بخلاف
الاجیر المشترک فانه روی عن محمد فی خیاط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان یقبض رب الثوب فلا اجر للخیاط
لانه لم یسلم العمل الی رب الثوب ولا یجبر الخیاط علی ان یعید العمل لانه لو اجبر علیه اجبر بحکم العقد الذی جری بینہما وذلک

العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض
عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان
اجيرا خاصا فتفقه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده فان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر
القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا
تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظ عند ابي ح وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن رضا حق الحفظ
فيها فضمن حتى لا يتقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا تقبل العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة
غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس
صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا
كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على
شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا قال للخياط اذا قال
رجل للخياط ان خطته هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق
الاجر المسمى وكذا اذا كان الترديد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او مسافتين وكذا اذا كان بين ثلثة اشياء
اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار
في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
درهم قال ابو ح الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف وم
الشرطان جائزان ففي ايهما خاط استحق المسمى وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على
البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك كما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال
افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاط في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر
الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للتوفية فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في
تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع
عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا
اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم
وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تعلم
ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم
لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا يقبل التعليق
لكن يقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال
فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد
وهو العمل ولكن نصفه خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع لزيادة فايدة
فيفوت ذلك ويكون التاجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية
والرومية ولابي ح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة
الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر بالتاخير فيكون

فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها لا يجوز المصير الى
المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى اليوم كان الاجير وحدا وهما متنافيان لتنافي لوازمهما
فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت موجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي
الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل ولا يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول و
المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثاني وفي جعله للتوقيت فساد
الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات
غير معتبرة واستشكل على قول ابي ح بمسئلة المخابز فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب
بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل
عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمه على المجاز فكان التاقيت مرادا وفساد العقد
ورد بان دليل المجاز قايم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال
في حيز النزاع فلا بد من دليل زايد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زايد على الجواز بظاهر الحال
وبما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق اذا وجب اجر المثل فقد اختلفت الروايات عن
ابي ح اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري
هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا ينعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة
ويعتبر التسمية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي ح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد
فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا
فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين ولو قال استاجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم
وان سكنت حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله
جائز عند ابي ح خلافا لهما وان استاجر الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان
هذه المسئلة ذكر في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي ح خاصة كما في نظايرها وجه قولهما
المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة يوجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة
الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجيب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمه
يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فيبقى الجهالة وهذا الحرف
اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي ح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة
الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه اي اسكان الحداد لا يدخل
في مطلق العقد وكذا في اخواتها قوله والاجارة جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية الى آخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع
وعنده يرتفع الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان تسلم ولم ينتفع به حتى
يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة غيره
لا يحتاج الى البيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر يشتمل
على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر في ملك منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا للمستاجر
اجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على
خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد

انتها العقد لان المنفعة في النقل كانت من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر مالم يلزمه من
مؤنة الرد وربما يربوا على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد
وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان تقول
ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لانا ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى
والعرف يوجبه او دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم
اراد المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا
يفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار
كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا استاجر
دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا
فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترده منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا يصح الاجارة لانعدام
اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا اهلك العبد فانه يجب للمولى قيمته
دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما
ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا اجاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه [قال]
ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا
هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون في
المنافع ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا
يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب [ليست بيدهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب صح] فان قيل الغاصب
اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل
من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا
لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا وهو العاقد
رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفايدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع
المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى
فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو
جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة
على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرت منك هذا
العبد شهرا او سكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة يدعوه الى
ذلك في الظاهر وتوقعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل
مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك اجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر
واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الخ قال
قوله فيحكم بالحال فانه استشكل بان الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول
للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بمحقق لان المص اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح

يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض
ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت
لا موجبه

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق العاقدين وهو الاصل ذكر احكام
اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض [قال] واذا اختلف الخياط ورب الثوب ان اختلف
المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن
وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه
فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر المثل لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة
في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به
والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذه مثل تلك اجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا
الحكم ههنا بعد يمين صاحب الثوب فلما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء
سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله
لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو
الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ
حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان
اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه
ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له
خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر تعين جهة الطلب باجر جريا على
معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك
مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع بان الظاهر
يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

اخر هذا الباب
عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة [قال] ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالمنافع التي
وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا
استاجره عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهب
احدى عيني العبد فلا تنفسخ له قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد
شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق
بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو
المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب
ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب
الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع
ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ
بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع
واستدل المص على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض
وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر فانهدم

فباه الموجر ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه تفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض لرفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الموجر واذا انتفت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد بنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم نلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجب نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد بنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله ويصح شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على ان الموجر او المستاجر بالخيار فيها ثلثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة تحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيها لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه عن ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر بيان فرع آخر لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة

الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي يحتج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس واستاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان المخصم فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في البعض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكر انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر وجهه في الكتاب وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لان يظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه عن ذلك ظ خلا مواضع بينتها قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعد ما آجر اختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس قيل وقد يتحقق فيه الافلاس قيل وقد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأمنون على امتعتهم قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم اولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري

مسائل منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصايد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما بقي من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظ وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في النهاية بالنون من هدن اي سكن وفي نسخة هادية من هدأ بالهمزة اي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادية والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا اقعد الخياط يعني اذا كان للخياط والصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان التقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستاجرا الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج يقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب لشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم يفرق

الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استاجر جملاً ليحمل عليه محملاً ظ والوطى الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء
وغيره وقوله ورد الزاد معتاد جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد
ولا يردون شيئاً مكانه وجهه العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيداً فالاطلاق
من العمل بالاطلاق وهو انما اطلق العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب
جواز رد قدر ما نقص عملاً بالاطلاق وعدم المانع والله اعلم

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه
الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله
بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال
فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان اولى
ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضاً وليس
كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب
للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم
والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد
به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان
كان عقداً لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى
ان المكاتب بالعجز يعود رقيقاً دون المعلق بالمال وركنها ما مر وغيره من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق في
المحل وكون المسمى مالاً معلوماً قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب
احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة وملك
في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار واذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال له
جعلت عليك الفاً تؤديها الي نجوماً اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال
واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد
ذلك صار مكاتباً اما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تع فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً ودلالته على مشروعية العقد لا يخفى على
عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان مقصود المص بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان
الكتابة عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك
الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال
وانما هو امر ندب هو الصحيح احتراز عما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة كقوله تع واذا حللتم فاصطادوا وقوله
ان علمتم فيهم مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيراً وقال ففي الحمل على الاباحة الغاء
الشرط بيان لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها مباحة بدونه بالاتفاق وكلام الله تع منزه
عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية متعلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين
بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيحمل على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه
مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة فعند علي يعتق
بقدر ما ادى وعند ابن عباس يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن

مسعود يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل
المولى ان اديتها فانت حر وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم
الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفاً على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب
العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح
به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع وقال الشافعي يستحق
عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان نظراً الى قوله تع وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب ولنا
ان دلالة الاية على ذلك خفية جداً لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة فكان الله امرنا ان نعطي
المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي
آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد
الندب كالذي في قوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال ويجوز ان يشترط المال حالاً بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالاً
ومؤجلاً غير منجم ومنجماً عندنا وقال الشافعي لا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلساً
ولم يكن قبل العقد اهلاً لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل يقدر به على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن
التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي باخس البدلين فلا بد من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد
لكونه حراً فكان احتمال القدرة ثابتاً وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ان نقول احتمال القدرة في حق
المكاتب اثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراضاً واستيهاباً واستعانة بالزكوة
والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تع فكاتبوهم من غير شرط التنجيم
ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع
والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما هو
من اصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر
من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقاً بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه
على المضايقة فليس الامهال فيه ظ فلا يجوز حالاً وكتابة الصغير العبد الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب
والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرفات نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع وخالف الشافعي فيه وسواء هذا
الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من
اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رايه ينجبر براي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد
لان القبول لا يتحقق والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله ومن قال لعبده جعلت عليك
الفاً تؤديها الي نجوماً اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر بيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع
المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوماً يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستادي
عبده المضروبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره
لحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفاً كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية
في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان
المولى لا يستوجب على عبده ديناً الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص قيل اي في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو
الاصح اعتباراً بما لو قال اذا اديت الي الفاً في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة

لانا لا نجعل القران في النظم موجباً بل نقول الامر المطلق للوجوب والقران في حكم
لانا لم نجعل القران موجباً بل نقول الامر المطلق عن قرينة الوجوب غير الوجوب فكان ندباً كما يفهم

حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يخص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا
يكون كتابة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة يخلو عن
المفسد لعدم تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو
الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء تقتضي وجودهما
ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة
من وجه ولهذا اذا جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم اي يتحقق مقصود الكتابة
وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى عنه اولا لان مقصود المولى وهو
اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد
معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اي المساواة باعتبار التساوي وان لم ينجز العتق ويتحقق
ان ياخذ لانه يثبت للكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فتثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل وانما كان حقا
من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا تصح به الكفالة فلو ثبت
العتق به ناجزا كما قال به ابن عباس على ما مر فاتت المساواة لا يفوت المساواة فانه على ذلك التقدير ايضا
لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لان نوع مالكية ايضا
ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى عتقه يعتقه لا بالكتابة المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف
ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصوله ما يقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر باجزائها توسلا الى المقصود
بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه
ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلها الشرع بالاعيان قال الله تع تبتغوا باموالكم والزم العقر
عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطئ لاخذ المنفعة لتعذر بتعذر الاستعمال وليس كذلك
فانه يلزم بالملاج واحد وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت
اخص باجزائها

فصل في الكتابة الفاسدة

وجه تاخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد **قال**
واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا امورا يفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا
كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد نفسها او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة
اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يصلح فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها
مجهولة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير
بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له اذا اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر
الرواية عند علمائنا الثلثة وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع
الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق
باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال رحمه الله وهذا الحكم
الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف
وان لا يذكر بكلمة عن قلت صح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في
بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي يوسف انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا
قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة
او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة ان

ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها
ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر
لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف
المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة
ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة
لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد
رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه لو لم يرض بها يمتنع المولى
عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد
وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار
الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته
لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق السلم بتسلمه ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف
قيل يعرف باحد الطريقين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المودى قيمته بتصادقهما لان الحق
فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك
قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان
الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله واثر الجهالة في الفساد اي لا في البطلان كما في
البيع فانها يفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما عتق
باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره الثوب عوض والعوض
يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر
لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين
فان قلت فان ادى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلثة
ان المسمى متى كان مجهول القدر او الجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على
القيمة **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين
كالفرس والعبد اولا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه اولا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى اولا
فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين
في المعاوضات فيتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز رد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه
ما اذا تزوج امراة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت
رجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال وجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود
عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان بدل الكتابة حكم الثمن في
البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب
ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البدل حكم
المبيع فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة
على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة

فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك
فعن محمد انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئاً بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان
بناءها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير
العين من اكسابه وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى
قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين ما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك
المكاسب وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها
فيما اذا كان البدل عيناً معينة لغيره والمسئلة فيه اي فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف
انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية
لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين لسبب واداه فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وروي عن ابي يوسف ايضا
انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فح يعتق بحكم الشرط
وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على
عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية اخرى كتاب المكاتب لا يجوز وهي
مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى
ولم يذكره ههنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور
التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز
وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا بالتجارة فالكتابة جازت الكتابة في اتفاق
الروايات لانها اذا لم يتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة **قال** واذا كاتبه على مائة دينار
واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة
الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة
وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق فكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا بالموجب
اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح اعتبار قيمته وهي لا تصلح
بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين
النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة رح في العبد
بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد
ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت
في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على
ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى وانما صح العقد
مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو كاتبه
كاتبتك الى الحصاد والدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف
وهو العبد للخدمة وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيهما كما هي شرط
فيه والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما
ان يكون من حيث ابتداءها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير
مال لانه لا مال في مقابلته فكذلك في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه

وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح
وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة
لانها يشمل اجناساً وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المص بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز
لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المص ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشرى
العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناساً عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة
والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني
على المسامحة كالكتابة والنكاح **قال** واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار
من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم
تمليك الخمر لان الغرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك
يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي
خمراً ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل
فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمراً ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان
العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضاً في البيع فح تفسد وتصلح في الكتابة
في الجملة فانه لو كاتبه على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل
من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة
والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد
العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة
لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر
لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي
انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بينهما وبين المسلم اذا كاتب
عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا هذا العقد
لانه انعقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحاً بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا
دليل على ان الخمر لم يبق بدلاً فلا يعتق وفي مسئلة وقع العقد فاسداً بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى
اخراجها عن البدلية واذا بقيت بدلاً عتق باداءها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز فان جواز التصرف مبني
على العقد الصحيح **قال** ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا
صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيداً لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحساناً فانه لم يتبين ذلك ببيانه ثمه وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة
لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد
وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل وهذا الشرط باطل
فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل
الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس
كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا المتقبل لان الكتابة يشبه البيع من

حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الاداء ويشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا
فيه بالشبهين فعملنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في
صلبه عملا بشبه البيع او يقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل
للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق
وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة
فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب
هو تحصيل الكسب للاداء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك
الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب لا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظ
والمجاز عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي
يبعث التجار مالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل بما ذكر ولا يملكه
بنوعيه يعني في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه او بغير امره لان الكفالة تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض
لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة
في حقه فكان كفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لاينافي ذلك ولا يغره
اجيب بانه يغره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو مخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج
امته جاز ظ وقوله ثم هو يوجب للملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره
كالمعير بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس
القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني
ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني
مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا الوجه الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول
ويصح اضافته اليه في الجملة يقال مولى زيد ويعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستعمال على سوا
فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف اليه اي الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا
اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك عتق لا ينتقل الولاء اليه
لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما ان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب الاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق
مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمه مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم
لا يضاف الى المسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فجر الولاء الى قوم
الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل في ثبت
له **قال** وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق
العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فتنقيص له لان من اشترى عبدا
ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظ وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال قوله وكذلك الاب والوصي ظ وقوله ولان تزويج الامة والكتابة نظر اما في تزويج الامة فلما مر انفا واما في
الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء النجوم وذلك لا شك في كونه نظرا فقوله واما الماذون له فظ وقوله وعلى
هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف وان
نقل عن الكافي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه نظر وقوله هو يعني اباه يوسف قاسه على المكاتب فان المكاتب

المكاتب يجوز له ان يزوج الامة فكذلك الماذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان الماذون له جاز
ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العينين
اي الماذون والمكاتب والاعتبار بين اللفظين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في
كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث
الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي
فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق بين الماذون والمكاتب ان
الماذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب
يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله
ولانه اي التزويج دليل اخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة المال بغير المال اولى من اعتباره
بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب
لا يملك هؤلاء اي الماذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس
باكتساب المال **فصل** لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل تحت الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا
الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل **قال** اذا اشترى المكاتب اباه او
ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر ههنا على ابنه للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على
الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشتريا والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة
بطريق التبعية فانه يحرم بيعه في حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل
البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية
واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم تقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا موجلا وانما قال دخل في الكتابة
ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا
عجز المكاتب بيع الاب لان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة
من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق
الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرره قبل دخوله
في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه
ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا
للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة
الولاد لان وجوب الصلة ينتظمها ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك
لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره الا ترى
ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت
بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين
والحقناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي
البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها
بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب
كان للاخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما **قال**

واذا اشترى ام ولده امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب لوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد
فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال عم اعتقها ولدها وان ملكها
وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد خلافا لابي ح لان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على
ان يؤدي البدل فان ادى عتق وما فصل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل
الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز
ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون
الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في
اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب
الاستحسان بالاثر وهو قوله عم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكها الاب قوله والقياس ينفيه
يعني ولا نص فيه فترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في
المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق وعرض بان المكاتب
لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطيها
لكن ان وطئ وادعى النسب يثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطيها لكن ان وطئها فولدت
وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية
ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه
يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك في نصفها منها يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في
حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه كحكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد للوالد
لان كسب الولد كسبه اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك
اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فصار من الاوصاف
القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد
قوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الآبقة
غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة او الجانية فان الامة اذا اتصف بهما امتنع بيعها الا انه
لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد
والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه قال
ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان
الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا
يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها اي في الدخول يتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة
والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقاريض
وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب
بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو
الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى
والاولاد حر هكذا في المبسوط وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده تتأخر اداؤها الى ما بعد العتق واليه
اشار المص بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة اه ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل

حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا
الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق
بالمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به. واذا اشترى المكاتب امة ووطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه
ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير الى الاعتاق وان وطئها
على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم المأذون له كذلك قنا كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب
تقريره في الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك
النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح **فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول
ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى وكذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة
راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت
من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير لانه
يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى وقوله وماله من الملك دليل قوله ونسب
ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى
من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب في مكاتبته اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته
يثبت نسبه فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى
المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما نذكره
فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة
وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت طالق ثم طلقها ثلثا يبطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة عملا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب
عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت هي وتركت مالا يؤدي منه مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر وهي ماضية
على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرمة الوطء وهذه محرمة وطئها
فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز اذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة
ليتوسل بها الى ملك اليد في الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة
غيرها فكان جائزا لا يقال احدهما تقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين
لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتها على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي ح فكيف
تقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في اول الحال ولرفع الثاني
في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة
الآخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من
ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا
فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة

عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة
يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائها بايفائه وبالاول يعود رقيقا
واولاده واكسابه لمولاه ويخلص ما بقي من الكتابة وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب كان النظر في
الثاني دون الاول صرنا اليه لا تعالي وفي كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانها بانتساخ نقائه من غير فايدة ثم علله بالنظر اليه
والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي علة وعلل الثانية بالاولى
وللاولى بالثانية فتامله فلعله سديد ولو ادت الكتابة بالنصف اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو تدبير
مضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كانت مدبرة وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من ام الولد وضعها
في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها
وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها المدبرة لا قيمتها
وفي جميع بدل الكتابة عند ابي ح وقد اوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله فتخيرت لان في التخيير فايدة وان
اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله
وجب عليه احد البدلين فيختار الاول قد اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز وعندهما عتق كلها بالتدبير بعضها
وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبعها الذلك فلم لا يكو
بدلها اقل فيحصل النظر بوجوه قوله انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل
لها كالتقبة فيصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم
هذا خلف تم وقوله فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة صورته ان يكاتب عبده اولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه
يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهر اي مكشوفا
بينا لا يخفى على احد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان
مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت
قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فتعين حريتها ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها
فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة
الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما على قول ابي ح فالجواب ما مر انا حكمنا
بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له
وقوله اذ لا استحقاق عنده اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقط حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه ملك رقبتها جهتا حرية ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب
في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له
غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي ح وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على
ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ومحمد مر على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت
ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل آه **قال** واذا اعتق المولى مكاتبته . واذا اعتق المولى مكاتبته عتق باعتاقه
لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم
الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب
المولى لكنه ينفسخ برضا العبد واللزوم كان يتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى واجره برضاه والظ

والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل بغاية اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون ارضى وقوله مع سلامة الاكساب له لان
الكتابة في حقه اشارة الى جواب ما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فلعل يكون الاكساب كثيرة تفضل
بعد اداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر
كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز
وبعقد الكتابة معا وهذا اذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق لا يجوز
لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز
اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه
لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو
مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربوا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو بعمد الاحراز
وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلان اعطى متعد الى مفعوليه
بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فلان اراد بقوله فاعطي له حكم
المال حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب
ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة
الى تحصيل مقصود المكاتبة وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه لوقوعها على عين الدراهم وضمن اعطي
معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا فبين بانه اعتبر له تلك الجهة
تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب قوله ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه
دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا
اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا
للاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة **قال** واذا كاتب المريض عبده واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة
وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا
لضرر تاخير حقهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلثة وثلثون
وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد يؤدي
ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزايد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه وهو التعجيل وصف فيجوز تركه
وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك
الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخر مما كان احسن فتامل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام
الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المطالبة والاخذ بالشفعة فانها يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان
وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق
حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان
حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل خلاف فيما اذا باع المريض داره بثلثة
الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا
والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين
وان كاتبه على الفين الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة

القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في
الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلث القيمة الا في حق الاسقاط دون
في حق التاخير

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب
احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في التصرف ان يكون بنفسه قال رحمه الله واذا كاتب الحر
عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل
فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان
اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ
في حق المولى للعبد من جهة البيع ونفوذ عتقه باداء القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين
فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف
درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود
الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء
القابل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل بالفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف
على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه
الزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان
يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه
اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغايب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على
نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه
الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه
كالمستشهد بها لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء وتعتق الاولاد
اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى
اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق الغايب سقطت حصته من المكاتبة ووجب
على الحاضر حصة الاخر ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب
ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير
نظر الى ان يكون فيه جهة اصالة او لا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه
ينفرد به الحاضر فلهذا اي فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل
شيء لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر الى مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه قوله وايهما ادى عتقا
تكرار لانه قال في اول المسئلة فان ادى الشاهد او الغايب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر
فلان البدل عليه واما الغايب فالقياس ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له
منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغايب متبرع
غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما

بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كهو في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا
فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل
حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يرد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس
للمولى ان ياخذ الغايب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة
للشاهد وان رده الغايب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله
فليس للمولى ان ياخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا
هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى
ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك
في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول
ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان
ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل
اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان
اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فايدة وضع
المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهي اولى لذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على
هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقول لعله
اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف
الاجنبي واري انه الحق

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد
لان الواحد قبل الاثنين قال رحمه الله واذا كان العبد بين شريكين اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب
نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو
مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد
الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فايدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ
وان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد
شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن اين للآخر ذلك واجيب بان الكتابة ليست
عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليهما فيجوز ان يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى يوجبه
وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر
به الغير ثم المحل وهي الكتابة يقبل الفسخ ولهذا تنفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة
وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق
وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه له بقبض البدل اذن
لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا
بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الآذن متبرعا
بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده
من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لحصول مقصوده عن
التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن

قصاً ادية من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئاً بخلاف البائع فان ذمته محل صالح للوجوب
وبين المشتري فثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي
فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي
يده من الاكتساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث لم يذكره **قال** واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها واذا كانت
جارية بين رجلين فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فوطئها فجاءت
بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضاً وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلها للاول بطريق التبيين لانه لما ادعى احد الولد
الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي ح لانه لا وجه
لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة
المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك
ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة
لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً وانما قيل بقوله ظاهراً لان
الظاهر ان يمضي على كتابتها فكان ملكه باقياً نظراً الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وتبين ان
الجارية كلها ام ولد الاول لانه زال المانع عن الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل
الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى للاول
على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون العلد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فكون الولد ابنه بالقيمة
فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر
الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطي ام ولد الغير حقيقة فان **قيل** فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول
عند ابي ح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها **اجيب** بان هذا على قولهما واما على قوله
فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء **وقيل** عند ابي ح في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على احديهما فكان ام
بالقيمة وايهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها
وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي ح **وقال** ابو يوسف ومحمد هي ام ولد
للاول وهي مكاتبة له يعني بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية
الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا
يكمل في القنة بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فينفسخ تكميلاً للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو
امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها نفع حيث لم تبق محلاً للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء
ما لا يتضرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله** بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي ح المتنازع فيه على المدبرة
المشتركة **ووجهه** انا قد قلنا ان امومية الولد يستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا
استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده **قوله** بيع المكاتب قيل هو جواب
عما يقال هلا انفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا باع المكاتب كما انفسخ ثمة في ضمن صحة الاستيلاد **ووجهه**
ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ولو ابطلنا ما تضرر به المكاتب من فسخ الكتابة فيما يتضرر
به المكاتب لا يصح ويجوز ان يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءها لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر
به فتبقى الكتابة كما كانت **قوله** واذا صار كلها ام ولد متصل بقوله صارت كلها ام ولد له وتقريره لانه لما ادعى الاول
صارت كلها ام ولد له واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه

عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابي ح او انها بقي مكاتبة بينهما فيما
يتضرر به الاجماع على ما ذكرناه ولا حد على من وطئ مكاتبته ويلزم جميع العقر لان الوطي لا يعري عن احدى الغرامتين
وقوله واذا بقيت الكتابة متصل بقوله وبقي الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له
اي للاول قيل وهو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب ولا يتضرر بسقوط
نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور **وقيل** يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق
التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل **وقوله**
وفي ابقائه يجوز ان يكون جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا يتضرر به الكاتب وهي لا يتضرر
بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ **ووجهه** ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظراً للمولى وان كانت
لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطي العقر
لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصها على ما بينا في تعليل ابي ح
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف اذا كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم
اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند ابي يوسف موسراً كان او معسراً لانه ضمان التملك
وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتباً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة
لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه
متيقن **قال** صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيلاد
فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الفاً وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة
الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس
قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن
الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه وان كان الثاني لم يطأها ولكن
دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفة الملك اما عندهما فظ لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز
تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه اي المدبر مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه
بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطي منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب
شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي ح وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع
من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو يملك
بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعاً لان الاختلاف مع
بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ودعي
ما بينا اي في تعليل القولين اما طرف ابي ح فقد ذكرنا انفاً من قوله وتبين ان الجارية اه واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى
الاول صار كلها ام ولد له اه وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
ويرجع بذلك عليها عند ابي ح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل قنة والحكم في المعتق
فيه اي في اعتاق احد الشريكين العتق على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي ح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق
يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي ح الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء اعتق وان
شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه نصف قيمته وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
وغيرها يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي ح ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن

المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان
ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت واليه اشار بقوله كما في مسئلة تجزي الاعتاق
كما تقرر في العتاق هذا اذا عجز فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تجزي
الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان اراد ان يجعل نصيب الساكت
كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القيمة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله
ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا لان ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار

وإذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر
وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من
ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله
الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وتقتصر الاعتاق على نصيبه لانه تجزى عنده
ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن
قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا
قيمة القن لان المنافع انواع ثلثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية
والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطي والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد
والتدبير والاعتاق على مال والغائب النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه اولا يعني المسئلة
الثانية كان للآخر الخيارات الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب
شريكه كما مر فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قبل
اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك
نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتملك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا
كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا اعتق اولا او غصب القن فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت
الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة
على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرط فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك
نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن
نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق
كله وكلامه فيه ظاهر

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

اخر باب احكام هذه
الاشياء عما سبق لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة وإذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم
سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين
يقتضيه او مال غائب معدوم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة انه يؤخر
يوما او يومين او ثلثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما

السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قرر الشرع مدة الخيار ثلثة ايام والمديون بالحبس
عطف على كامهال يعني اذا اثبت على رجل مالا فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم
يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي اذا توالى على
المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس
بناهض لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب كما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين المعلق
بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق
مبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال
مدة ارفاقا واولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز عن ادائه
فيفسخ لوجود مادة التاجيل الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز
عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم
وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في يفسخ يجوز ان يكون للمولى اي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وان
يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي الكتابة اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء
بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها
لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا فوقه والآثار متعارضة جواب عن استدلاله باثر علي وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بهما لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى
ما بعدهما من الحجة فبقي ما قالاه من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق آه سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف
لا يعارض المعقول فثبت الفسخ به فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة
في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه
كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من
جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضاء او القضاء كالرد
بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية لوي ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب يمكن في احد العوضين
قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فيشبه بهذا الوجه ما لو وجد المشتري عيبا
قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما
كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه اي على
مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه
من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة
وهو قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي يبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت
واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما
ان يثبت بعد الممات مقصودا او قبله او بعده مستندا الى حال حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له
من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والغرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت
في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت
الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه
القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما تميز

هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملائمته للعلل المنقولة عن رسول الله عم عن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم والمعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الحداثة بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طرق ما يرد من رد وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك فى لك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز المعظم قدره والا فاياك دعوى معرفة الهداية فيكون من الجهلة الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذره فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا **قوله** بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد **وجه** ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والمانع اما المقتضى فلان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا فاحتيج اليها وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فنزل حيا تقديرا كما انزل الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث او يستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت **فان قيل** يلزم تقدم المشروط على الشرط **اجاب** المص بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابوح قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا فيما اعتراه بالمولود بجامع انه مكاتب عليه تبعا ولهذا لا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكتساب فان المولى لا تصرف له في الاكساب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابوح فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فاذا حكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني اخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت **قال** وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتهما مكاتب مات وله ولد من امراة حرة وترك دينا على الناس وفاء بكتابته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يتات القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى اي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضعه بالنقض **قوله** وان اختصم موالي الام اه هو المسئلة الثانية وصورتها ما هذا الولد بعد الابوين اختصم موالي الاب وموالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك

وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب فهذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك جر اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلانين ارجح **واجيب** بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة ما اختلفت الصحابة في بقائها **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوة شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد تملكه صدقة والمولى تملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال عم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا الخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظ لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدءا ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر امته ظئرا ثم عجز وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز لا تنفسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدءا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا انفا **فصل** وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبدل الملك **واجيب** بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى **وفيه نظر** لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء لان هذا اي احد الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية والمانع حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم واما من الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع فيه **اعلم** ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا يرى **ان** في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احتبس بهما كذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة

الی القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلی صيانة للقضاء وهذا قول ابی ح وم وقد رجع اليه ابو س وكان
يقول اولا يبلغ فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضی المولی عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم وقت
الجناية فالجناية عنده وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فی جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الی القيمة وقوله
انعقدت موجبة للقيمة يشير الی ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية
الكرخی والمبسوط وعلی هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا القول بالموجب هو انا سلمنا
ان المانع من الدفع قايم ولكن الكلام فی انه قابل للزوال اولا ولا شك فی قوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت
الانتقال فی الحال فيتوقف علی القضاء او الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فی الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان
جناية المكاتب تصير مالا فی الحال من غير توقف علی الرضا او القضاء فما وجه اخذه فی الدليل قلنا ظهوره فان التردد
فی زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلی فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ
علی القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب فی الابتداء هو
القيمة قال واذا مات مولی المكاتب لم ينفسخ الكتابة الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهی سبب
حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الی حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولی لم ينفسخ كيلا يؤدی موته الی ابطال حق غيره و
يقال له اد المال الی ورثته المولی علی نجومه ای مؤجلا لانه استحق الحرية علی هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقی بهذه الصفة
من غير تغيير وهذا لان المولی لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل الكل كاسقاطه قوله الا ان الورثة يحلفونه استثناء
من قوله ولا يتغير قيل وكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو
تغير فقام قيامهم مقامه فی الاستيفاء لا يسمی تغيرا فی عقد الكتابة لانها باقية كما كانت كما ان ساير الديون يخلفونه فيه
ولا يسمی ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بساير اسباب الملك
فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا من عدم
الملك ووجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن
جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح ان يجعله
ابراء اقتضاء مصححا للعتق والعتق لا يثبت فی المكاتب بابراء بعض البدل واداءه لا فی بعضه ولا فی كله لان عتقه
معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق شیء منه واذا لم يمكن اثبات المقتضی لا يثبت
المقتضی فلا وجه لابراء البعض وكذلك الی ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب الكتابة لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب علی النهج المتقدم الكتاب
الی هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر علی المؤثر والولاء فی اللغة عبارة عن النصرة
والمحبة وهو مشتق من الولی وهو القرب وحصول الثانی بعد الاول من غير فصل وفی عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب
الارث والعقل قال الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف السبب الی نوعين فالاول ولاء العتاقة ويسمی ولاء
نعمة اقتباسا بقوله تع واذ تقول للذی انعم الله عليه وانعمت ای بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق علی ملكه فی الصحيح
وقوله فی الصحيح احتراز عن اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عم الولاء لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا
لانه لو عتق علی الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولی لعمومه والثانی ولاء الموالاة وسببه
العقد عليها سنذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الی شیء
والاضافة تدل علی السببية كما عرف فی الاصول وقوله والمعنی فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعی قوله وكانت العرب
تتناصر باشياء بيان وجود التناصر فيهما فان العرب كانت يتناصر بها وبالحلف والمماحلة وقد قرر النبی عم تناصرهم بالولاء

بالولاء بقوله عم مولی القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولی الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولی مملوكه اذا اعتق المولی مملوكه كان الولاء له لقوله عم الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان
الحكم اذا ترتب دل علی ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به علی هذا الوجه تناقض جعل العتق سببا
لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل فی الاشتقاق هو مصدر الثلاثی وهو العتق قوله ولان
التناصر به ای بسبب الاعتاق دليل علی الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولی ينتصر بمولاه
بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم نصره يغرم عقله والمولی احياه معنی بازالة الرق عنه لان
الرقيق هالك حكما الا يری انه لا يثبت فی حقه كثير من الاحكام التی تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعی
الی الجمعة والخروج الی العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام فی حقه فكان احياء معنی ومن احيی
غيره معنی ورثه كالوالد فيصير كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه يثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم
قوله ولان الغنم بالغرم بخدم الوجهين فلهذا اخره قوله وكذلك المرأة تعتق يعنی ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله
عليه الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة معطوف علی قوله لما روينا معنی ذكره استدلالا علی ثبوت الولاء
للمرأة روی ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل النبی عم المال بينهما نصفين ويستوی فی
ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة او كتابة بعد الاداء او تدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان
العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعنی قوله عم الولاء لمن اعتق
وما ذكره من المعنی المعقول فان شرط انه سائبة ای يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادی المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الی شرح وذكر
مسئلة جر الولاء وميز مواضع الجر عن غيره والاصل فی ذلك ان العتق اذا وقع علی الولد مقصودا لا ينتقل
ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الی مواليه وعلی هذا اذا اعتق الرجل امته وولدها
وولاءهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام واعتق
ثانيا ولد مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهی حامل او اعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر
او ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الی موالی الاب
لان المولی قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الی جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان
الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين لقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد
التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلی اذا والت رجلا والزوج والی غيره كان ولاء الولد لموالی الاب فما الفرق
اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر
من ستة اشهر فولاؤه لموالی الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتی يعتق مقصودا فيعتق
تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فی الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الی مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عم
الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الی الآباء فكذلك الولاء وانما ثبت الی موالی الام كان ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه كان ولد الملاعنة ينتسب الی قوم الام فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ونوقض قوله
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت
المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولی لموالی الام لم ينتقل
وان اعتق الاب واجيب ان العود اليه بعد الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الی
الی ما بعد الموت وهو ظاهر والی ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطی وكذلك بعد الطلاق الرجعی لما انه يصير مراجعا بالشك

علی المشتق

عنهم

لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت او الطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الامة لتعقبا مراجعة وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان الفعل وبين الفرق بينه وبين الواقعة وكلامه فيه واضح **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد معتقة العرب فولدت اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع وقال حكمه حكم ابيه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبر الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعيرون بنفي الكفاءة فمن لا اب له في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعيروا بذلك كان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من لا اب له احد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المص الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان ذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك اوضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانهم ينسبون الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله وان كان الابوان اي الوالدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه شبهه بالنسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب وحقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به اي بالاب اكثر **قال** وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه اتى ما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي عم ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي عم اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ما ابقته الفرائض واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث هو عصبة اسند لا الا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اي تأويل

تأويل قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكر والده الجملة تأويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به ليثبت النسبة الى القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكان العرب يتناصرون باشياء وقرر النبي عم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة يأخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة يأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر حر المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء من اعتق او اعتق من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظ وكل من يثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك بثبوت المالكية ينسب بالولاء ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رح وصورته امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن واب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة عندهم الابن ووجود الاب لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يحرم عن ميراث ابنه فكذا عن ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه اباه واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا يرى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبية فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره واليتك على انني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر فيه وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره واما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقل

عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرايط ثلثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرايط العامة
المحتاج اليها في كل واحدة من الصور واما ما ذكرت فانما سونا در فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى
الاسفل واستحقاقه ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو
اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف
واجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا
في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه
بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية
لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر
من الآخر كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بان اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظ وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع
الحقوق عليه اذا كان تقدم مال الوكيل على علمه في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحدة من الاعلى والا سفل
واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ
على الآخر بدون علمه والزام الشيء على الآخر من غير علم به نفع ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه
ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح
كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبه فسخ العقد الاول واجيب
بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد
مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة
الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت
فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء ما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وسواء كان من ان يكون مع فساد اختيار او مع
عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضى وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد
من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى
كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه فسياتي في
اثناء الكتاب **قال** الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد
به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما ادعي اليه من المباشرة
فاذا حصل بشرايطه يثبت حكمه على ما يجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على
خوف المكره تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عند
والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لان المنعة والقدرة لا يتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك
تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او الاقرار بمال او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد
او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ لان من شرط
صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا وانتفاء
الشرط يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به نظرا الى

العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو اكراه لوجود العلة وهو فوات الرضا قوله وكذا
الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء
وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة
بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس يوم فاقر فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب
منصب اي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر
مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على ما يرى الحاكم من حال من
ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز
والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى
محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي
قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب
الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق
بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير
والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كساير البياعات الفاسدة لما عاد
جايزا بالاجازة كهو اجاب بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف ساير ما في
المفسد باق قوله الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في ساير البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشترى
شراء فاسدا لم يبق للبايع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبايع وان تداولته الايدي
ولم يرض البايع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على
حق الله تعالى لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المص ومن جعل البيع الجائز
المعتاد يريد به بيع الوفاء وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على اني
متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف
الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو
المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المص واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا
وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من
جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن
ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا
كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبايع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين
الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما يتكلمان بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان
يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع
بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البايع الثمن الى المشتري ويرد المشتري المبيع على البايع من غير انفساخ ولا
يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا اسموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع **قال** فان
كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البايع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف
اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة يقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طايعا بان كان الاكراه على
البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طايعا حيث

يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بنا على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض
فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما
يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه
اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قايما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه
باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على
قبضه وان هلك المبيع بيد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا
كما تقدم وما سوى ذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره بالخيار ان شا ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
وان لم يصلح آلة من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البايع الى المشتري وان شا
ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب
فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البايع باداء الضمان وان ضمن المشتري يعني اي مشتر كان بعد الاول نفذ كل شراء
كان بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستنا دالى وقت قبضه
و قال آخرون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب كما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المص
انما هو على شق الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه
مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة
الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا
من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون
اجازته لاحد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر
صادف ملكه وانما يتوقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازة البيع الاول والآخر فلهذا
نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها **فصل** لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه
الواقع في حقوق الله وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من
الاعضا وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سوا كان على القول والفعل والثاني ان
كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك
والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الا
على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما ورائها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خاف على
ذلك بالضرب وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ يمتاز من غيره بغلبة الظن لان بدن
الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس فيه نص مقدر فيعتبر فيه غالب راي من ابتلي به ولا معتبر لمن قدر في ذلك ادنى الحد
وهو اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير تقام على وجه الزجر لا الاتلاف
لان ذلك المقدار بالراي وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوه ولم يتناول وعلم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح
من حيث ان حرمة هذه الاشيا كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير
ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف لا ياثم لان الاقدام على
ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر هي قايمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا ياثم قلنا لا نم ان الحرمة قايمة
لان الله تع استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا

فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم فكان الاباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه
من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان
في انكشاف الحرمة خفا لانه امر يختص بمعرفة الفقها فيعذر او سقاط الناس بالجهل فيه كجهل بالخطاب في
اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع فالجواب
ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما
لان ما افضى الى الحرام حرام **فصل** وان اكره بالكفر بالله تع اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة
والخمر لا يعتبر اكراها في اجرا كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس
او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروا به من اجرا كلمة الكفر لكنه يوري والتورية
ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين
فان اظهر ما امر به موريا كان او غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم ياثم لحديث عمار بن ياسر حيث
ابتلي به وقد قال عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تع الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عم فعد عد الى طمانينة القلب لا الاجرا والطمانينة جميعا لان
درجات الامر الاباحة فيكون اجرا كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه
قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي
فيه هو التصديق وهو قايم حقيقة والاقرار ركن زايد وهو قايم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياحه فان صبر
ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عم سيد الشهدا وقال في مثله
اي فيه كلمة زايدة هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وتعاطيها يوجب الاستباحة
فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم يكن باقية لما
كما تقدم واعترض بان اجرا كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر
بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الاية تقديما وتاخيرا وتقديره
من كفر بالله بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
فالله تع ما اباح اجرا كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة
نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر
المريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة
فلم يثبت اباحة اجرا كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك يمتنع التخلف عن الحكم الذي هو
معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل امر شرعي يوجب تاخيره كالمثال المذكور
من قوله تع ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعلى هذا ذهب ابو بكر الرازي
الى ان الامر في قوله عم فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجرا كلمة الكفر
لم حالا في الكفر **فصل** وان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره رجل على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه
او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب
المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له فان اكره بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى
يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب

عن والاتلاف فيه عند العقلا لان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على الاتلاف فيتلفه

القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعاً او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس الاول قول الشافعي والثالث قول ابي ح وم والرابع قول زفر ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحساً فانه معين مشاهد وكذا شرعاً لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن معتبراً عليه شرعاً فجاز اضافته الى غيره وبهذا تمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضاً لوجود التسبيب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في عبارة المص تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي وهو يضيفه الى الغير ايضاً والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيباً فلا تنافي ولابي ح ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظراً الى دليل زفر وابي ح وم لان تأثيمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولاً على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثاراً لحيوته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصوراً عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضاً لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انساناً واكل لحمه حتى بقي هو حياً ايثاراً لحيوته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطراً كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغاً عاقلاً او معتوهاً او غلاماً غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبياً او مجنوناً لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه **قال** وان اكرهه على طلاق امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافاً للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراهاً بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فلان يضمنه موسراً كان او معسراً ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان فيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقاً مستقبلاً كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمته لانه اتى بما امره به على وفق ما اكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعاً في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً لان العبد عتق بالاقرار طائعاً لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضاً عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلاً سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالاً كما لو اكره

اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرهاً لان منافعه تعد مالاً عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما يجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي ح او المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانياً او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهوناً فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب ابي ح سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وزادهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفاً للعبد حكماً فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئاً **قال** ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهراً الا انه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمه بقيمة العبد وان لم يتم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بالكلية فالتأكيد شبيه بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافاً للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق واعتق فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطاً فاسداً فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا لم يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذاً ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحساناً والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلاناً يعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك فكان ما فعل وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه تفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين تحلف انعقدت او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فآلى او على فيء اليها باللسان ففعل صح لانها اي الرجعة والايلاء والفيء يصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبداً للكفارة ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقاً عليه واذا ادعى الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد وان ترك التي آلى منها اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها

عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان فى المدة فاذا لم يفعل كان ذلك جناية منه بما لزمه من الصداق
وان قربها وكذا لم يرجع على المكره شئ لانه ادى بعضه ما اكرهه عليه واذا اكره على ان يخالع امراته ففعل صح الخلع لان من جانب
الزوج طلاق وسوطة والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه
الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شئ على المكره للزوج لانه
اتلف عليه ما ليس بمال هو النكاح فلا يضمن فان قيل ان خالعها وهى غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع
الزوج على المكره لتاكيده ما كان على شرف السقوط اولا قلنا لا لانه اما ان ساق الزوج اليها المهر كله اولا فان ساق
رجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظ لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه
بحكم النكاح واما عند ابى ح فلانه وان وجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا يصح وان لم يسق رجع عندهما
خلافا له لانه غير مكره فى هذه الصورة على البراءة وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال ابو ح اولا ان اكره احد على الزنا فعليه
وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المراة فانها
محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان
لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا
الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد عليه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف
لانه امر طبيعى ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابى ح وم انه لا يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل
انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم فى اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجهه قولهما ان المعتبر
فى الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقيق
لان السلطان يعلم انه لا يفوته ذو اناة فى امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل فى الايقاع ووجه
قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان
اتفق فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم فى كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان
عندنا بفعل واحد وفى كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطئ فى غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب
المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت له بذلك اما الاول فظ لانها لم ترض بسقوط حقها واما
الثانى فلان الاذن لم يكن للوطئ فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امراته منه
لان الردة بتبدل الاعتقاد الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفى تبدله شك فكان الايمان ثابتا بيقين
فلا يثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليه من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل
الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثانى ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفى اعتقاد الكفر
شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا ترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر
بالشك فان قالت المراة قد ابنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبى مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفى
القياس القول قولها فيقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع
والمكره كما فى الطلاق وجه الاستحسان ان اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث
الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام
حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام فى الحالين قيل
اى فى حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعل كافرا فى الصورة الاولى

من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب
فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم
للفرقة كان دلالته

الاولى وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا فى حق الحكم اما بينه وبين الله اذا لم يعتقد الاسلام فليس
بمسلم وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدى وهو المنقول عن ابى ح ان الايمان هو التصديق بالقلب
والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اصول اهل الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام
حتى حكم باسلامه ثم رجع لم تقتل لتمكن الشبهة اى شبهة عدم الارتداد ولجواز ان يكون التصديق غير قائم بقلبه عند
الشهادتين والشبهة دارئة للقتل ولو قال الذى اكره معطوف على قوله وقال هو قد اظهرت ذلك يعنى لو قال فى جواب
قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه
لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضى لانه خلاف الظاهر
اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت ما طلب منى من الكفر
وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا
بباله امكنه الخروج عما ابتلى به بان ينوى ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشا الكفر كان
كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امراته قضاء وديانة والحاصل ان المكره على
اجراء كلمة الكفر على ثلثة اوجه فى وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفى وجه يكفر فيهما جميعا وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين
امراته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثانى هو الاول والاول ان خطر بباله ان يقول
ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثانى واذا ظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسئلة
الصلوة للصليب وسب النبى عم وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى
على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن
لكونه شفقة على خلق الله تع وهى احد قطبى امر الديانة والآخر التعظيم لامر الله وهو فى اللغة عبارة عن المنع وفى عرفهم هو المنع
عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر هذه الاسماء والحق بها المفتى الماجن والمتطبب
الجاهل والمكارى المفلس بالاتفاق ولما كان اسبابا ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز
تصرف المجنون المغلوب بحال واما الذى لا يكون مغلوبا وهو الذى يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبى العاقل كما يجئ
اما عدم جواز تصرف الصبى فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هى بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه آية اهليته واما العبد فله
اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده فانه لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيا خذ
اربابها الكسابة التى هى منفعة المولى وذلك يعطل لها عليه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير ان المولى اذا
اذن فقد رضى بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اراد
هؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع
سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم اعنى كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه لا يفيد
هذا الحكم والولى بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى
والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظ واورد سؤالا على الشراء وهو ان الاصل فى الشرى النفاذ على المباشر من غير
توقف على ما مر من بيع الفضولى فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد
على المباشر نفاذا كما فى شراء الفضولى وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية فى الصبى والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب
النهاية هذا الذى ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا يعنى فى
الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن المذكور فى القدورى مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود فى بعض النسخ

عن
ليس

وكذا فی نسخة سماعی وكذا ذكره شیخی فی شرحه قوله وهذه المعانی الثلثة یعنی الصغر والرق والجنون یوجب الحجر فی الاقوال یعنی ما تردد
منها بین النفع والضرر كالبیع والشری ای هذه المعانی یوجب التوقف علی الاجازة علی العموم بین الصغیر والمجنون والعبد واما
ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه یوجب الاعدام من الاصل فی حق الصغیر والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها
منها نفعا كقبول الهبة والهدیة والصدقة فانه لا حجر فیه علی العموم قوله دون الافعال یعنی ان المعانی الثلثة لا یوجب الحجر عن
الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتی ابن یوم لو انقلب علی قارورة انسان فكسرها فوجب علیه الضمان فی الحال
وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شیئا لزمهما الضمان فی الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ویحصل بها الاتلاف
والاتلاف بعد الحصول لا یمكن ان یجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع و القصد
من شرط ذلك الاعتبار ولیس للصبی والمجنون قصد لقصور العقل فینتفی المشروط به واما فی العبد فالقصد وان وجد منه لكنه
غیر معتبر للزوم الضرر علی المولی بغیر اختیاره فان قیل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة
شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهین احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة لیست عین مدلولها
بل هی دلالات علیها ویمكن تخلف المدلول عن دلیله فیمكن ان یجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان
الموجود منها عینها فبعدما وجدت لا یمكن ان یجعل غیر موجودة والثانی ان القول قد یقع صدقا وقد یقع كذبا وقد یقع
جدا وقد یقع هزلا فلا بد من القصد الایری ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم یعتبر شرعا فكذا من هذه
الثلثة بخلاف الافعال فانها حیث وقعت وقعت حقیقة فلا یمكن تبدیلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها
یعنی ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل یتعلق به حكم یندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص یجعل عدم
القصد فی ذلك شبهة دارئة لما یترتب علیه من الحدود والقصاص **فصل** والصبی والمجنون لا یصح عقودهما اراد
بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فی قوله ومن باع من هؤلاء شیئا فالولی بالخیار وانما اعاد المسئلة تفریعا علی الاصل المذكور
ان هذه المعانی الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لیساق القولان فی موضع واحد وقوله لما بینا اشارة الی قوله والقصد من شرط
ولا یقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبی والمعتوه رواه الترمذی عن ابی هریرة والاعتاق
یتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان یتردد بین النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن لا وقوف
علی المصلحة فی الطلاق بحال اما فی الحال فلعدم الشهوة واما فی المآل فلان علم المصلحة فیه یتوقف علی العلم بتباین الاخلاق
وتنافر الطباع عند بلوغ حد الشهوة ولا علم له بذلك والولی وان امكن ان یقف علی مصلحة فی الحال لكن لا وقوف له علی عدم
التوافق علی اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا یتوقفان علی اجازته ولا ینفذان بمباشرته ای الولی بخلاف سائر العقود
وان المعانی شابان لتفریع الافعال علی الاصل المذكور ومعناه ظ وقوله والحائط المائل بعد الاشهاد یعنی انه لا
من صاحب الحائط ومع ذلك یجب الضمان وقوله علی ما بیناه اشارة الی قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله
فاما العبد فاقراره نافذ معطوف علی قوله والصبی والمجنون لا یصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظ وقوله لما روینا
اشارة الی قوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبی والمعتوه وكلامه ظ

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم علیه متفق علیه وهذا مختلف فیه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتری الانسان فتحمله علی العمل
بخلاف موجب الشرع والعقل مع قیام العقل وقد غلب فی عرف الفقهاء علی تبذیر المال واتلافه علی مقتضی العقل والشرع
قال ابو ح لا یحجر علی الحر البالغ العاقل السفیه وتصرفه فی ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا یتلف ماله فیما لا غرض له فیه ولا
مصلحة كالالقاء فی البحر والاحراق بالنار وقال ابو یوسف وم و الشافعی یحجر علی السفیه ویمنع عن التصرف فی ماله غیر ان الحجر
علیه عندهما یؤثر فی حق تصرف یتصل بالرد ولا یصح مع الهزل والاكراه كالبیع والاجارة والاقرار بالمال وما لا یتصل بالرد كالاقرار
بالحدود والقصاص ویتصل به لكنه یصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا یعمل فیه حتی صح منه هذه التصرفات بعد

الحجر علی ما سیجیء واستدل المص بقوله لانه مبذر ماله یصرفه لا علی الوجه الذی یقتضیه العقل وكل من هو كذلك یحجر علیه نظرا له كالصبی
فهذا الحجر علیه بل اولی لان الثابت فی حق الصبی احتمال التبذیر وفی حقه حقیقة والدلیل علی صحة هذا منع المال منه والمنع لا یفید بدون
الحجر لانه یتلف بلسانه ما منع من یده وهذا الذی ذكره من الدلیل انما یصح علی قولهما واما علی قول الشافعی فلا یصح لان حجر
السفیه عنده بطریق الزجر والعقوبة علیه والفائدة یظهر فیما اذا كان السفیه مفسدا فی دینه مصلحا فی ماله كالفاسق فعنده یحجر
علیه زجرا وعقوبة ولا یحجر علیه عندهما ولابی ح انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا یحجر علیه كالرشید ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل
ویحجر علیه واجیب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ینصرف الی الكامل والعبد لیس بكامل فی كونه مخاطبا لسقوط
الخطابات المالیة كالزكوة وصدقة الفطر والاضحیة والكفارات المالیة وبعض الخطابات الغیر المالیة كالحج والجمعة والعیدین والشهادات
وشطر الحدود وغیرها ولو ضم الی ذلك حرا سقط الاعتراض وهذا ای عدم الحجر لان فی الحجر سلب ولایته وفی سلب ولایته
اهدار ادمیته وهو ظ قوله ولا یصح القیاس علی منع المال جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقریره ان منع المال
منه انما هو بطریق العقوبة علیه لیكون زاجرا له علی التبذیر والحجر ابلغ منه فی العقوبة لما ذكرنا فلا یقاس علیه وقوله ولا علی الصبی
جواب عن قولهما اعتبارا بالصبی ای لا یقاس السفیه علی الصبی لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر علیه نظر له الشارع مرة باعطاء
آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل واجری علی خلافه بسوء اختیاره فكان قیاس قادر علی عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفید جواب
عن قولهما ثم هو لا یفید بدون الحجر یعنی ان منع المال بدون الحجر مفید لان غالب السفه انما یكون فی الهبات والصدقات وذلك یتوقف علی
الید ای لا یملك الا بالقبض فاذا لم یكن فی یده شیء یمتنع عن ذلك وان فعل لم ینفذ قوله واذا حجر تفریع علی مسئلة الحجر ومعناه
ان القاضی ان حجر علی السفیه علی رایه ثم رفع حكمه الی قاض آخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا یجوز
لان قضاه لاقی مجتهدا فیه ونقضه بط وانما جاز لان الحجر من القاضی فتوی لا قضاء لان القضاء یقتضی المقضی له والمقضی علیه
ولا مقضی له ههنا سلمنا وجود المقضی له علی احتمال بعید وهو ان یجعل السفیه مقضیا له من حیث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا
القضاء مختلف فیه فان ابا ح لم یقل به فصار محلا للقضاء یحتاج الی امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الی القاضی الحاجر او الی غیره
فقضی ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الی قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا یقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابی ح اذا
بلغ الغلام سفیها منع عنه ماله الی خمس وعشرین سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا حجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم الیه ماله وان لم یؤنس
الرشد وقالا لا یدفع الیه ماله حتی یؤنس رشده ولا یجوز تصرفه فی ماله لان علة المنع السفه فیبقی ببقائه كالصبا ولابی ح ان منع المال عنه بطریق التادیب وهذا یمكن ان یوجه علی وجهین احدهما ان یقال سلمنا
ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حیث التادیب وهذا یقتضی ان یكون محلا للتادیب ولا تادیب بعد هذه المدة ظاهرا
وغالبا لانه فی هذه المدة یصیر جدا باعتبار اقل مدة البلوغ فی الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم یبق
قابلا للتادیب لا فائدة فی المنع فلزم الدفع والثانی ان یجعل معارضة فیقال ما ذكرتم وان دل علی ثبوت المدلول لكن عندنا ما ینفیه وهو
ان منع المال عنه بطریق التادیب قوله ولان المنع دلیل آخر وتقریره ان المنع بعد البلوغ اذا لم یؤنس رشده باعتبار اثر الصبا
لان العادة وجدانه فی اوائل البلوغ ثم ینقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرین سنة لان مدة البلوغ من حیث السن
ثمانیة عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو فی حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنین اعتبارا بمدة التمییز فی الابتداء علی ما اشار الیه عم
مروا صبیانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو ح ان بلغ رشیدا ثم صار سفیها لا یمنع عنه المال لانه لیس باثر صبا فان
قیل الدفع معلق بایناس الرشد فما لم یوجد لا یجوز الدفع اجیب بان الشرط یوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم
سلمنا لكنه منكر یراد به ادنی ما ینطلق علیه وقد وجد ذلك اذ وصل الانسان الی هذه الحالة یصیر ورثة فرعه اصلا فكان
متناهیا فی الاصالة **فصل** ثم لا یتاتی التفریع علی قوله اراد ان التفریع الذی ذكره القدوری فی مختصره بقوله فاذا بلغ
لا ینفذ لا یتاتی علی قول ابی ح وانما التفریع علی قول من یری الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ینفذ بیعه اذا باع لیظهر فائدة الحجر علیه فیكون موقوفا

فان راى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده جاز وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع
خاسرا او لم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون ان يكون في يده شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف
بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك موجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب
بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد
من حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر وهو اهدار ادميته والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء
وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليها الحكم وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد
الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند الشافعي فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند الشافعي الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تحرير
المحجور بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في ساير التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن
قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه
في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق
رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عم ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر
فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده لم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل
لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح
ان يقال لقصده اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر
عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور اذ في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لانه لو كان
يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما يجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك
ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه
لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شيء من
تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق
الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد
في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق
الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فاذا اعتق المريض عبدا وجب
عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه بمعنى النظر الى آخر النكتة وعن محمد انه لا يجب عليه
السعاية لانها لو وجبت حقا للمعتق وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين
فانه يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك
انشاء حقه كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حيوة المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب على المولى دينا فان
مات ولم يونس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا
لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا
لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس
بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا للضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق

وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية
وفيها يسعى العبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى ان الرجوع في الوصية
صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء
نسله وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحيوة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في الاستيلاد فان مات
بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها ولد منه وقال
هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حق كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار
بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان
الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل يعني
ان يكون معها ولد او لم يكن اه مسئلة وان تزوج امراة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض
الموت في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض تعتبر من الثلث وههنا غير
معتبر اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل
يوم واحدة ثم طلقهن وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات
النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا
اضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال عم لعن الله كل ذواق
مطلاق قوله ويخرج الزكوة من مال السفيه والاصل في هذه المسائل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله كالزكوة وحجة
الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط
شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وغيره الوجوب
لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل
قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوايجه لكن
لا بد من اثبات عشرته المتقدمة والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة وقوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وما كان
من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل
حنث ثلثة ايام متتابعا وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب
بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فينفتح هذا الباب ويضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم
استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلايل الحجر يوجب السعي على من يعتقه
السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق من الظهار قوله وان اراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو اراد عمرة واحدة
لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى
جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا صلح فان مرض واوصى وقيد
بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا يكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض والقياس ينفيها
كما لو تبرع في حيوته واستحسنوا فيما اذا وافق الحق وما يتقرب الى الله تع ان يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها
بعد وقوع الاستغناء من المال في امر دنياه وحق لا نظر له في المنع وانما النظر في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك
وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي ومن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل
ما يصنعه عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير يشتري له مالا او يبيع ولا يجوز
تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه

يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا
دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي يحجر
ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق يستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما
للنظر له في ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالى قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه
يتناول للقليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه رشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قرر
فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي من ليس بسفيه لكنه مغفل يغبن في التجارات
ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي عم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان
يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تع ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد ذلك بمنع المال وليس النزاع فيه

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا
الفصل لبيان ذلك **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالا
والاحبال والانزال اذا وطي والاصل هو الانزال قال الله تع واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك
فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل وان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي ح
وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظ لا يحتاج الى شرح وانما
قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وهو قول عمر قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه
اي دنا منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر
قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنى عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة
لذلك في حق الغلام اثنى عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اخر تاخيره وينبغي للقاضي ان يشهد
انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال
دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول
حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو ح لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل
اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الداين وانما يكون الاول اعلى ان لو كانا في شخص واحد فالجواب
ان ضرر الداين يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الداين واهدار
الاهلية اعلى من حبس فيكون اعلى من ضرر الداين واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن
تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه
ومنعه التصرف وكلامه ظ ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة
لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه
الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب فان التفريق
هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه
عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس ويرفع البين
لا جله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق الذي ذكرناه
من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله كيف اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان
كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتاخير حق الداين وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع
قوله وهذا عند ابي ح وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي
على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله
عملا بالشبهين قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية
القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره ثبت للقاضي لقوته وقوله تباع في الدين النقود حاصله
ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك
متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف
عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار لان بينه محتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه
لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا يرى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال
الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره
سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق
على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي
لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد
الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاخراج
عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي ياخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير
اختياره او اخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو اثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين
باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولاخر منهم ثلثمائة
ولاخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان
المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف
في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي
يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار تترجح اليسار اسم
لليسار من ايسر اي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار وذلك
في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي
اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه اه تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق
عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي
ولو دخل داره لحاجة كغداء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان للانسان لا بد له من موضع خلوة
وعن هذا قيل اذا اعطاه الغداء واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا
علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فيحبسه دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن
الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والداين الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامه الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة يلازمها
قال فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري لا ينفذ تصرفه بالبيع ونحوه وللبائع خيار الفسخ
لان عجز المشتري عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن

المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين فى الذمة وهو لا يمنع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعنى لا نم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد وانما المستحق هو وصف فى الذمة اعنى الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البايع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشترى مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك اليمين وهو يملك به دينا فى الذمة وبقاء الدين يبقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملى فان قيل هذا استدلال فى مقابلة ما روى ابو هريرة ان النبى عم قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفى رواية فوجد البايع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال فى مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبى عم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل حديث ابى هريرة ان المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبايع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين فى الذمة وهى باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله ويقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض فى مقابلة ما فى الذمة عين ما فى الذمة وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب الماذون

ايراد كتاب الماذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده فى التجارة اسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقى اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى الحجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق اه كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعى فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المص كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تخص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا تعرف بذلك كما اشرنا اليه والثانى ان حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان الذى تصرف باشره العبد الماذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد فى الشرى متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف فى ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص له لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشرى خالصا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه

رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغى ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصيل فى ذلك وقد قررنا تمام ذلك فى التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيئا ويشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى وهو من بيان الضرورة وقد عرف فى الاصول قالا السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة ولنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم سكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا يتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد لا يعتق وفى ذلك اضرار للمسلمين بتواء حقهم ولا اضرار فى الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذى راه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقته تزوج نفسه فسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر فى التصرف الذى راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بسكوته ولا يصح ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فرجح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما الرقيق كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا فان بعض الشارحين يكون موقوفا لان الكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وفيه نظر لانه لا كلام فى ان انكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال ان فى ذلك ضررا لحقا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق ان ابيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبى باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة اعنى ان يبيع عينا مملوكا للمولى الخ

قال واذا اذن المولى لعبده فى التجارة اذا قال المولى لعبده اذنت لك فى التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف فى جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشترى ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه اى بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان فالحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابى ح خلافا لهما فالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابى ح ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد الماذون لان بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من الماذون كالغبن اليسير فانه يصح من الماذون بالاتفاق وفى حق المريض يعتبر من الثلث وابو ح سوى بينهما بين البيع والشرى فى الغبن الفاحش وفرق بينهما فى تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل فى الشرا متهما فى تهمة اشترائه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد فى تصرف الماذون

بلا مرانه لا يرجع بما لحقه من العهدة على احد فكان البيع والشرا في حقه سوآء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة
يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي ح ولو حابى المأذون له في مرض موته اعتبر محاباته من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا فما بقي بعد
قضا الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى وارث لانه رضي
بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل
المحاباة فيقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابا في مرض موته وللمأذون ان يحيل لنفسه
رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشرا لان ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز
ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها ويستاجر
الاجرا والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو
مستاجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شي بخلاف الاستيجار
بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض بعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر
نفسه بالدراهم جاز كما سيجي فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عم الزارع يتاجر
ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا يدخل تحت
الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة وصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال
مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه
لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه الا يرى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها
تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو رأس المال للمأذون له يملك
التصرف فيه ضرورة فالمأذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن
او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو
جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف بطل فتعين من حيث المنافع
وهو المقصود قال فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق
وعند زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك يبتني هذه المسألة وهي انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره
كان مأذونا في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا
الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك
حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بينا في اول كتاب المأذون وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص
اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد
ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف
مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه
فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد
يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير محقق
ولئن كان فله دفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي ح يدفع ذلك وفي الجملة اذا اثبت بالدليل
انه تصرف باهليته ومالكيته فليس ذلك الا ذا قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب

المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره قوله وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم
للمولى وهو ممانعة بالسند اي لا نم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرف الى
قضا الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال وان اذن له في شي
بعينه اذا اذن المولى بشي بعينه مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا
وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام
لافضائه الى ان من امر عبده بشرا بقل بفلس كان مأذونا يصح اقراره بديون يستغرق رقبته ولو اخذ بها
في الحال فلا يتجرى احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لان استعمال العبيد في شرا الاشيا الحقيرة مما لابد منه من حد
فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه
او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او اد الي الفا وانت حر فانه طلب منه
المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا الا انه اذن بشرا ما لا بد لها منه دلالة
وهو نوع من الانواع بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله او كسوتهم لا يكون اذنا
ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه
امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب بط لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل
التقييد ظهر الاطلاق وكلام المص يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول اذن دون
الثاني فتامل قال واقرار المأذون له بالديون والغصوب جائز اقرار المأذون له جائز بالديون والغصوب
والودايع لان الاقرار بهما من توابع التجارة اما بالديون والودايع فظ فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا
او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب فان الغصب يوجب الملك عند ادا الضمان فالضمان الواجب به من جنس
التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفا التجارة فان الناس اذا علموا ان
اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار
في صحته فان كان في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرما بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار
بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطي جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فاقتضها فانه لم يصدق فيه لانه
كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره بط ولا يؤخذ
حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس
للمأذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزوج الاما لانه تحصيل المال وهو المقصود
بالاذن فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمناه ان الاذن لتحصيل
المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجارة وانكاح الامة ليس من ذلك قوله ولهذا لا يملك تزويج العبد
توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله على هذا الخلاف
الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هؤلا لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق
ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب وللمكاتب
ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط
والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسألة روايتين قال
ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للمأذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه

المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فيكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
وبيانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة
ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق
الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل
ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب
عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا اطلقت
الكتابة وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى
من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى
وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى
المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن
القيمة فكذا اذا اجاز ولا يكفل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة
فانه يؤدي في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه
ابتداء او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة
يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة
اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم
واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك
يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير
لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز
وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه
ظ قال ودينه متعلقة برقبته اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان لم
كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته تباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي
لا تباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في
تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك
شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة
بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولئن
ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظ وكلما ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء
كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر عن الناس بيانه ان سبب هذا
الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملزما
فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا
لقوله ظهر وجوبه في حق المولى وقوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ما لم
يكن حاصلا وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة معه ويزداد
الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان حقوق التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل
لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه

ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء بها لم يكن
دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى
رده ان كان باقيا ولا ضمان ان لم يكن بل يباع العبد ان اختاره المولى فيكون المبيع جابرا للمافات من العبد والظاهر ان الدين
لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس في اوضح لانه دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا
قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك
لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة
والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي
على العبد بالعبد ولو لم يكن مساوية بقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم يكن مساوية لاختار اداء الديون
دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب الشيخ وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما
فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق
بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا ينافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه
يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان
المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبته هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه
بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فان قيل ايجاب البيع على قول الشيخ وهو لا يرى الحجر على
الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك
محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز
بيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء قوله
وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظ قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه
بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه
كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته
وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا
يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع
الاول ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه
مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاول لان الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل
الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى
من يده يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبله من الهبة لان المولى يخلف في الملك بعد
فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص
وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او
كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه
قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ
شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة
للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يكن من ذلك يحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا
يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن

المولى لعبده اما ان يكون شائعا اولا فان كان الاول لم ينحجر حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه لئلا يتضرر الناس علم لم يرضوا
به من تاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة
انه كان قد حجر عليه فيتاخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اى تعلق حقهم برقبته وكسبه وتوقي
اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل
ولو حجر بالسوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى
انه لا يتجزى ابتداء فكذا انتهاء ولو حجر في بيته بحضر من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور
عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر
لعدم الضرر ولا ضرر قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب فقد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان للدوام
حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام تعلق الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة
تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله
بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله بقي مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده
الابق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى
لو اذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا
كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى لكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الابق
فلا يكون راضيا به وانما لم يكن منافيا الابتداء الا انا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان
الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود واستيلاد المأذونة
لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها
بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرا لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى
بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى
قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قوله واذا استدانت الامة
المأذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر ليظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها
قوله ولا منافاة بين حكميهما اى حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يوثر في
فكاك الحجر لا يوثر في الحجر عليه قال واذا اقر العبد المأذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده من
المال لغير مولاه فهو جائز عند ابي حنيفة قال المصنف ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره وانما فسره بذلك لان مطلق الاقرار يتهم منه
ما كان مضمونا كالديون والغصوب فتعين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف ومحمد
لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد فلا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر
ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بان الماذون ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها
والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء اذا
بان تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد
قوله وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر يده لمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده
لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد
الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى
من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظ لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها

بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى
ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده واما حكما فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره
لانه اقرار بما ليس في يده اصلا وهو بط والمص ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى آه اجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق
عليها وهو ظ وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد
بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيئا لم يكن خصما
فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة قال
واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول
كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه
خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند
ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع
ولهذا يملك اعتاقهما يعني الرقبة ووطئ الامة المأذون لها وهذا اى المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطئ اية كمال
ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق
وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب
بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا تقدم الاقرب فالاقرب
ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضده اى في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون
لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فما ثبت
نظرا للعبد ليراعي ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة ان
ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال
الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين
المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية
كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والميت جعل كالمالك
حكما للقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه
فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما
فظ وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من
الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين
عن شروح الجامع الصغير ان العتق فيه جائز قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اى اذا باع العبد
المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وبعلمه انه اذا لم يكن عليه
دين لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اى سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميلا اليه
عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد يكون موجودا اجيب
بانه موهوم حيث لم ينشأ عن دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف
متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح
لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل
به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اى انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل

القيمة وبيع المريض من وارثه لايجوز عند ابح في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو تاباه قلت
ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه
مطلقاً ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو وبجعله متعلقا بالاولى
المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي عين مال الميت
حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرما فيتعلق بالمالية لاغير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع
من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره وقال ابو يوسف ومحمد ان باع
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما
بهذا الحكم اختيار من المص بقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول الكل لان سبيل من تخليص كسبه لنفسه
بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي
قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابح ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة
باليسير والكثير فان على مذهب ابح اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لايجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن
يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرما وبهذا
يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز
ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو
البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى
للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لايجوز عندهما اصلا
لان المحاباة من العبد الماذون له لايجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بما
بغبنه غير ان فيه ضرر الغرما فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ هذا الفرقان قال
في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق
بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في
الكثيرة حيث لايجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابوح على رواية هذا الكتاب
فليس يحتاج الى ذلك لانه لايجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي
في جواز البيع مع الاجنبي مطلقاً ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام **قال** وان باعه المولى
شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى
ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط
بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاءه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا
يستوجب على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو
احق به عن الغرما لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه
منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بايع وللبايع حق الحبس في المبيع ولهذا كان
هو احق به من الغرما فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا
يستوجب على ما قلتم انفا اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان
يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتا

الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البايع ولا يزيل يده ما لم يستوفي
الثمن فاذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من
قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة
تعلقت بها حق الغرما قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية
مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لايجوز عند ابح اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده
الماذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه
جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرما قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف
ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما اتلفه فبقي الباقي
عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لاغير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا
اعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح وان باعه المولى وعليه ديون يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه معناه باعه بثمن
لا يفي بديونهم بدون اذن الغرما والدين حال فان شاء الغرما ضمنوا البايع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان حقهم
تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البايع فبالبيع والتسليم واما المشتري
فبالقبض والتغييب فيخير الغرما في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشرى لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييبه
حق الغرما وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشرى وان
شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم
لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي بديونهم ووصل اليهم فليس لهم نقض البايع على ما يجي
وكذا اذا كان الديون على الماذون موجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق
المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوايد القيود المذكورة وهو
كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى اه معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي ازاده فقد
فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاول وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة
فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرما واجاب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء
وقد فات بالبيع وحق الغرما منحصر في بيع التركة فافترقا **قال** ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال
المولى هذا العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا
يوجب اللزوم في حق الغرما فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته به وكلمة بحذافيره
في المتن وفي كل منهما فايدة فالاول يعني الاستسعاء تام موخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت
هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم
ان يردوه لوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد
لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون والجواب
بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد فيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة
في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة
في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا
باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله اجيب

بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه البيع طولب به لبقا الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة
العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة
ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين
عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا
فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي ح وم واما ان قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم
في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما
لكل من ينازعه فيما بيده ولهما ان جعل خصما لا دعي عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ
قضا على الغايب قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه
وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل
قوله في هذه المسئلة **فصل** ومن قدم مصرا رجل قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة
لانه ان اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخباره انه ماذون في التجارة وهذا اقرار
على المولى واقراره عليه ليس بحجة ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه
ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات
لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله
الا انه استثنا من قوله لزمه كل شي ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفا لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل في الرقبة
لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكان
خالص حق المولى وح جاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضا الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة
وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك
بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله
وعلى الغرما البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة **فصل**
لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز
والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع
دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك العبد قال الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه
لنفسه وهو باق بعد الاذن وبقا العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق بنفسه بل لحق المولى وهو سقط
باذنه لكونه راضيا بتصرفه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه
موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم والصلوة النفل
والصلوة النافلة لانهما لا يقامان بالولي فيصحان منه قوله وكذا الوصية على اصلي يعني قلت بصحتها كصحتهما اذا كان
في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي
فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشرا فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا
ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تع احل البيع
من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشرا جالب ويعلم الغبن اليسير
من الفاحش والاهلية بهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن

باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن بصدوره
من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك قوله وايضا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه
وتقريره لا نم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق
المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن مهتديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن
للعبد المولى وقوله وبقا ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقا ولاية
بعد ذلك لا مرين النظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفا المصلحة
بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرة لنفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال
الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقيت ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب
عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض
ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا
والثالث كالبيع والشرا يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رايه ينجبر براي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل
اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو
الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان
وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم الوالي بخلاف
صاحب الشرط يريد به امير البلدة كامير بخارا فكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القضا دون صاحب الشرط
وقوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره وقوله والتشبيه بالعبد الماذون له اه كذلك لكن يرد عليه ان
التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي وان
بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا
يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح
اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية
المتعدية فرع الولاية القايمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افادة ذلك باذنه والجواب انه افادة
من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا الموروثة في ظاهر الرواية احترازا عن
رواية الحسن عن ابي ح انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن
معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث ووجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ
ابوح بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سوا لكونهما ماله
ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولا الكتابة وان كان الوصي والولي يملكانهما لان
الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي
يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي
فان له ولاية على اذن المعتوه على ما بيناه يعني قوله وذكر الولي ينتظم الاب والجد اه وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها
فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا
وهو قول محمد

كتاب الغصب

ايراد الغصب
بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة ما لا حتى ان اقر الماذون لما صح بديون

ثم القاضي ثم وصيه

التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر
الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب مادام قايما بعينه في يد الغاصب مالك رقبته فصار كالعبد الماذون فانه غير
مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة
الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل
التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم
محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال يشتمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله
محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب
عندنا وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف يظهر في زوايد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان
فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق و
الجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا بعده مع تقرر اثر فعله ثم ان كان
الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون قايما في يد الغاصب
او لا والاول سيجيء والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه مثله وفي نسخ
القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة
الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة
العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتداركه
بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فان لم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب
اذ هو الموجب ولمحمد ... كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك
الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتات
الا بتقديم قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المص معناه اي معنى قوله لا مثل له على الحقيقة
هو الذي ... وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى
في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة
التفاوت قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ
من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة وان كان
الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقديم هذا القسم كان انسب فتامل لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد اي على
صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه
وهو واضح ورواية الفايق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقة
ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى او قاصد للعب وهو يريد انه يجد في ذلك
ليغيظ ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما
اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه
اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال

ط العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن عليه من جنسه لان الذي لا مثل له صح

في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرا الغاصب عن
الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال
ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب
الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قايم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب
بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان موجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين
اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء
انه هو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في
التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في
الكفالة وعن مسئلة الزكوة ما ذكرناه في الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا
اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة ولم يظهر ما قضي ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة او اقام
المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظ فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غصب المغصوب فالقاضي يقضي عليه
بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب
الافضل قال والغصب فيما ينقل ويحول الغصب كاين فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل
كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الدين
والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل
ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول والشافعي يتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا
عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان يعني
ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين
وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وعدمه
ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظ وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الغاصب
للالزام فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك
اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان المالك لا يزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار
يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك
عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلف
ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا
للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال
وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد
والشافعي فظ واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين فالمص
ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب

النجان

ذلك او انهدم كان مضمونًا عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارًا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها
ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البايع للمالك شيئًا عند ابي حنيفة وابي يوسف لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق
موجبًا للضمان عندهما خلافًا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك
بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه وياخذها عن المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق
وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم على البايع بالاتفاق فان
قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البايع
بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قول الجميع
فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا يقبل
بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة
الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البايع ضامنًا وان انتقصت بالزراعة يغرم
النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان يستاجر هذه الارض قبل استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا
قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد و
استدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة يعني على راي من يرى ان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفًا او يتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على راي من يرى ان الاصل
هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب
السابق هو السبب يعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او فعل غيره وان نقص
المغصوب في يد الغاصب ولم ينجبر نقصًا بوجه ما ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كان جارية فاعورت
او ناهدة الثديين فانكسر ثدياها او في غير بدنه مثل ان كان عبدًا محترفًا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه
بالغصب وقد فات منه جزء متعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا انجبر نقصًا مثل ان ولدت المغصوبة
عند الغاصب فنقصتها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئًا عندنا خلافًا لزفر فان كان
النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع
السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترد
لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر
فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني
اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البايع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البايع شيئًا
لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة
مثلا فاعورت في يد البايع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرًا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار
البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع
اجزائها واوصافها فكانت مضمونة قال رضي الله عنه ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمان
النقصان في غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او آنية فضة فانهشمت في يده فلا يمكنه تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء
تركه وضمنه مثله قال ومن غصب عبدًا فاستغله ومن غصب عبدًا فاجره وقبض الاجرة فصار مهزولا

مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته والنقصان وجميعه
مما تعذر عينه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا اذا
آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة ولابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان
الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندًا اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه
وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل
اصله حادث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندًا فانى يكون الخبث اجاب
بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القايم دون الفائت فلا
ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل
المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا
باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري
لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بتاويل المذكور او الاجر او المال لانه محتاج اليه وللمحتاج ان
يصرفه الى حاجة نفسه وسواء ولي بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيًا وقت
الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرًا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن
ان كان محتاجًا فلا شيء عليه وان كان غنيًا فعليه ان يتصدق بمثله **قال** ومن غصب الفًا فاشترى بها جارية
الغاصب اذا تصرف في المغصوب والمودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافًا لابي يوسف وقد مرت
الدلايل وجوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا
فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيهًا على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما
يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على
انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقًا
ونقد منها يطيب وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الثلاث يطيب وذكر في المبسوط وجهًا آخر لا يطيب فيه ايضًا وهو
انه دفع الى البايع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي لان الاشارة اذا كانت
لا يفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعًا
للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام قال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه كلها وهو
المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك لانه اذا نقد منها ولم يشر فسلامة
المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا مثلا فيثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها
فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فيمكن شبهة الخبث ايضًا وسبيل مثله التصدق
فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعامًا فاكله
لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعًا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم
ولم يصر فلا يظهر الربح

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة
اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحق العارض الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال
اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبًا بنفسه او خلا او الرطب تمرا

فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فانه
لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة
اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشككا ونشا وبذرا وغيرها تزول بالطحن
والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت دقيقا يسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب
شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة
والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل فقوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب في ضمانه عندنا و
قال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه
وهو احق به من الغرماء بعد موته وللشافعي رح عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوب
يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك
والعين باق فيبقى على ملكه ويتبعه الصفة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة
فطحنت فان الدقيق يكون لمالك الحنطة هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب وفي المستشهد
به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا
للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وح صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة
المغصوب وارّبها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس سبب للملك لكونه محظورا ولنا انه احدث
صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك
هالكا من وجه الا يرى انه يتبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه وما هو
قايم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض جزءا الترجيح كان الرجحان في الذات
احق منه في الحال لان الحال قايمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قايمة بذاتها من كل
وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور
وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو
سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد السلخ والذبح باق كما تقدم
انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد الارب ولا يقال شاة مأروبة
بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد
ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت
ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان لم
يكن لصاحبها ان ياخذها قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبقاء
الاسم على انقطاع حق المالك شامل لجملة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله
او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه فصبغه لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجيء
لان عين الثوب قايم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له وقوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك
مطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب انقطع عن المالك بالدلايل المذكورة والملك مطلق للتصرف
غير متوقف على رضى غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو رواه ابو نوح عن
عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي عم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية

اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي
ولو كانت اعز من هذا لم ننفس عليها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عم اطعموها الاسارى قال محمد يعني المحبسين
فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد
البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله
ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذ
ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي
بدلها وكلامه واضح وقوله اوضمنه الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله كمن
غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر
قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان قال وان غصب فضة
او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء
للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه
الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا او فضة وذهبا وبعده
دراهم او دنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق و
الاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة كذلك واذا كان
كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لراس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح اه وتقريره ان الصلاحية
امر زايد على مقتضى الطبيعة تحدث بالصنعة لانه هلك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله
احدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما
تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه
مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة
فلرعاية حق المالك والتحرز عن الربوا اوجبنا التضمين بقيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم
يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال
الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب
ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء يجيء بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء
فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رح للمالك اخذها والوجه من الجانبين
قدمناه يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب اه ووجه آخر لنا فيه اي في تعليل
هذه المسئلة ان فيما ذهبنا اليه مهجور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته وادخل اللوح المغصوب
في سفينته والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت
واقفة كان له ان ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه
تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما
حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين ثم قال
الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء واما اذا بنى في الساحة ينقض

فيما ذهبنا اليه لان فيه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه
الحاصل من غير خلف وضررا لمالك م

لانه متعدفيه قال المص وجواب الكتاب يعنى قوله بنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه يغير عما كان عليه لان الساجة
قبل البنا عليها يصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا يصلح شئ من ذلك الا بالنقض والتغير
يوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه
قيمتها وسلمها اليها وان شا ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وسوها عند للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما
ان يتوهم ان غاصبه يحيان يستحق اجر المثل الجزارة على المالك لانه حق مقصوده فيها فكان زيادة فيها لا نقصا حيث اعد
للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه
مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك وكذلك اذا قطع يدهما اى يد الشاة والجزور
هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ماروى الحسن عن ابى ح انه لا يضمنه شيئا يعنى فى ذبح الشاة لان الذبح والسلخ فى الشاة زيادة
على اهم وجه الظاهر ماذكره انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها وهو اللحم
فصار كالخرق الفاحش فى الثوب على ماسيجئ ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعم من قوله فوت بعض الاغراض اذالم
يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك
ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فايدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف
قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شا ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شا ضمنه نقصانها فدل انهما فى الحكم سواء ومن الشارحين
من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعنى فى ماكول اللحم وغير ماكوله اذا
قطع طرفه فكان فايدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك يكفى ان يقول وكذلك اذا
كانت غير ماكول اللحم والثانى ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال فى الاول انه
اتلاف من وجه وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفى اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك
الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى
هشام عن محمد رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقى قيمة فلان يمسكه وياخذ النقصان قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك
متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الادمى وغيره ان الادمى بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا
من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق
ثوب غيره اختلفوا فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة
فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير واشار
فى القدورى الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى الباقى منفعة الثياب بان لا يصلح للثوب مما كان
المص والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت شئ من
اجزائه وجنس المنفعة يعنى ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة
وانما يدخل فيه النقصان يعنى من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا جعل فى الاصل
قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان ياخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان
شا ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب لاشكال ان الغاصب به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان
لا يصلح للقبا واشباله والساقط من القيمة اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب
غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل وجه دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته وترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القبا والقميص
وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شا اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان

ان العين باق وكذا بعض المنافع قايم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة او الى جانب البقا واخذ العين وضمن
نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام فى الذى يلبس كالقميص وغيره فيما لم يلبس كالكرباس
قال ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضى الامام ابو على النسفى يحكى عن الكرخى انه ذكر
فى بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساجة اقل من قيمة البنا فليس له ان ياخذها وان كانت قيمة الساجة اكثر فله ان ياخذها
قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد حيث قال فى لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى
قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شا اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شا ترك
اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك اذا دخل قرن الشاة فى قدر الباقلا وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان
اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الاخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك فى تلف ايهما شا وله امثال غير ماذكر قوله عم
ليس لعرق ظالم حق فى المغرب بتنوين عرق اى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب استوجبها
وصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه ومن
يقوم الارض اه بعشر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض
خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البنا قوله ومن غصب ثوبا آه ظ وقوله اعتبارا بفصل
الساحة يعنى كما ان فى فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به فكذلك ههنا لان فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله
لان التمييز ممكن يعنى بالعصر وقوله ولنا ما بينا يعنى فى مسئلة الساحة بالجيم بقوله ووجه قولنا وقوله والخيرة
لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يقال الخيار لصاحب الصبغ ان شا سلم الثوب وضمنه قيمة صبغه وان شا
ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخير كل منهما متعذر لجواز وقوع البناء بينهما وتخير المالك اولى لان الثوب اصل
والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن ان يتوهم ان هذا الحكم الذى ذكره ابو عصمة متصل بما يليه
من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك وقع من ابى عصمة فى اصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا
للنقل وقد ظهر بما ذكرنا فى مسئلة الصبغ والانصباغ الوجه يعنى جواب المسئلة وتعليلها فى السويق من حيث الخلط
والاختلاط بغير فعل غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق متفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اى من قيمة المثل
سماه به اى سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اى لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير فى منه وبه بتاويل ما يقوم به قوله
فعن محمد انه ينظر اه معناه ان ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب
الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما
بقى من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب
بالضمان شرع فى ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شا صبر الى ان يوجد وان
شا ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعى قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك
لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه ضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعنى يدا
ورقبة وكل من ملك بدل شئ خرج المبدل عن ملكه فى مقابلته ودخل فى ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن
بشرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل
الشافعى بذلك مناسبا وهو مذهب القاضى الامام ابى زيد فانه قال فى الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء
بالضمان او التراضى قال شمس الائمة فى المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عندنا بالضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة
ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوايد المتصلة

والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوايده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة
بعض الشنعة فالغصب فعل وان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان
المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل لانه لا يراد بكون
الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره
في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال الا ترى ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه
لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء
القاضي في الفصل المجتهد فيه فيفسخ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفة القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه
فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك
فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب
وللغاصب بينة يشهد بقيمة المغصوب لم يقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل
وقال بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة
على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة
ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب
فعليه هنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المص اختار قول من
قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على
رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني
ينبغي ان يحفظ هذه المسئلة لانه اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل
الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما ياتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون
العلم المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت شهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم وصار
ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا الاحتياج الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تاويلها ان الشهود
شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا يقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات
الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعدم تمام
الرضا اولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه
بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة
الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك
للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فذلك الجواب اي
فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في
استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث
لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم رضاه لم يسقط الخيار قال ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته نفذ جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملك الغا

الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
على ما يذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه
وقيد باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه
روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد
المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوبة امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند
طلب المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لانها عوض من
منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي زوايد الغصب مضمونة متصلة كانت او
منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية
المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن
هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب
الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب
واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك
فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب
بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل تعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن
بلا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال
في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع
بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع
والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية
والرق والملك في المشتري واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب
فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيهما كما في
امارة زتبها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقطة
اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد لم يزل يدا والغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد
وتضمين الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان
على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز ان يكون الضمان
حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية
المخرجة من الحرم ووجهه ان ذلك القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا
ضمان فيه عندنا بالعدم فان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا اطلق يعني لو قيل لوجوب الضمان في ولد
الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان استحق
الحرم صيدا وذلك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا بمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا اذا
اخرجه بكر بهذه فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب الجزاء
ثم ويجوز ان يكون معناه بتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم قوله يجب يعني الضمان
بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال وما نقصت

المنع

الجناية

الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فلو غصبها فولدت عندها فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان
الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا
عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن
الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا
نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة
من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد
قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبت قوائم اخرى
مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف الصوف بالصوف والقوائم
بالقوائم ولا ما نقص من الجزء ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم عما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة
والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي ح على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة
من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة
والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البايع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن
خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضي به ثم رجعا لم
يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقص
لكونه الى خلف قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نم ان نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر
بقيمة الولد وكذا لا نم ان الام اذا ماتت لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية
واما تخريجها على الظاهر فهذان كلامنا السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب
بموت الام اذ لا يفضي اليه راغبا وروى عن ابي ح رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة
ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام
ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات
الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة
هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض
الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون
متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل كلام الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصح
ان يكون جابرا النقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المص اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا
لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان
لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب بانه ملك المولى لا محالة
من حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى
فان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المص من عدم عده
نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المص ما الطفه ذهنا جزاه
الله عن المحصلين خيرا ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي ح في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت

علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها
وتابعه المص في قوله ثم تردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع على عامة النسخ تقدم الحبل على الرد لبيان ان الحبل
كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه اصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل
لا نم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة
لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها
فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع ولم يعلم المشتري
بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان
الحبل ولابي ح ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الذي اخذه ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة وماتت في نفاسها لانها
لا يضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فصل
الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع بطريق الفرق وهو ان في فصل الشراء الواجب على
البايع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لانعدام
التسليم وما ذكرناه من وجوب الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان بمثل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد
بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا يدخل في الشرى ولهذا لا يقابلها
شيء من الثمن فكان الواجب على البايع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في
يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان
واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب لان سبب الموت ما بها من
الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة فيهما
فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده آه وتقريره
ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف
كان غير ما وجد في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن منافع ما غصبه منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص
باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال
وربما يسمى الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجوب عنده وفصل مالك وقال ان سكنها فكما
قال الشافعي وان عطلها فكما قال ابو ح للشافعي ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه
الشح والضنة ويضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالمغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما
كالورود على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن
حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا للحاجة فان الملك لم يثبت للعبد الا
دفعا للحاجة الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها
على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها
لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف
ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا اشترى
الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم

لايجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق لابين باق وابق فكان
السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها يعتبر بين جوهرين لابين جوهر وعرض الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز
وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شرا الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت
كما ذكرنا قبل ان القربان الاحسن مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه المأخذ اي العلل التي هي مناط
الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله
لانها لا يماثل الاعيان آه في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نم انها متقومة جواب عن قوله المنافع
اموال متقومة وتقريره انا لا نم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير
متصور بل تتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المنازع فيه الا ان اي لكن ما نقص
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين **فصل في غصب ما لا يتقوم** لما فرغ من بيان ما هو
الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة
المغصوب منه بتقومه او تغيره في نفسه الى التقوم **قال رح** وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره وهذه المسئلة
على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا
ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للش وعلى هذا الخلاف اذا باعها
الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع
لنا في الاحكام قال عم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها
لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
عندهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها
لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر
من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني
لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف بعقد الذمة وح تعذر الالزام على ترك الدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد
اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احديهما امرأته
فانها لا يستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح يوجب توريث المرأة من
زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نم انهم
يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب لمقيس عليه للشافعي لم يذكره في
الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بموتهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب باول الشرا
والمذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرى
بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه قوله وهذا بخلاف الربوا
متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل الاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون آه لا تساويا
بعده من المطرح وقوله لانه مستثنى عن عقودهم يعني بعدم الجواز لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك
لانه فسق منهم لا ديانة لثبوت حرمة الربوا في دينهم قال الله تع واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي
فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة معقيس عليه
للشافعي ووجه الجواب انا انما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستحقاق
بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض

التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله وبخلاف متروك
التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا
ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وح يجب ان يقول بوجوب الضمان على من
اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قالوا ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل
الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نم ان ولاية المحاجة
ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب
ان الدليل هو قوله عم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لانعقاد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين **قال رح** فان
غصب من مسلم خمرا فخللها من غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه وكل منهما على وجهين لان التخليل
والدباغ اما ان يكون بخلط شيء وبماله قيمة اولا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالقرظ
بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين اولا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا
شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو
ظاهر وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي ح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي
ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا
لم يذكره والنتيجة على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمانه يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك
لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والغرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظ واما الجلد فلهما
انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه **قال** القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق
فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه
وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه قوله ولانه
واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار
يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت هناك **قال** الامام فخر الاسلام وغيره في
شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على خلاف الجنس يعني ان الغاصب قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير
فيضمن الغاصب القيمة وياخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي
لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي ح لا نم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعة
متقومة لاستعماله ما لا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان
الجلد تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان
في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف الذكي جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيام
لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم
والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة
وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وانحر الذكي استظهارا لان التقوم فيهما اي في الذكي
والثوب كان ثابتا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك
ان تركه على الغاصب في هذا الوجه اي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بلا خلاف لان الجلد لا

غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة

بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابى ح وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان فى المسئلة خلافا لان الدليل
المتخالف فى وجه وذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو اى
الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وقيل لا خلاف لان البحث فى الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه
القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف فى كيفية
الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ
هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شئ واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل
الثوب فهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته فى قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه
فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا فى كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين فى الكتاب وهو ظ واذا اخلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ
صار الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند ابى ح وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما فى دباغ الجلد وقوله قالوا
يشير الى ان ثمة قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظ سوى الفاظ
نشير اليها قوله فهو على ما قيل وقيل يتكرر قيل اشارة الى القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان
قائما فاراد المالك الى ان قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابى ح وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك اى اصل
محمد فان اصله وهو قول ابى يوسف ايضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وح كان الخل مشتركا بينهما
فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب فى الوجهين يعنى ما اذا
صارت خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اجروا جواب الكتاب يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر
ان ياخذ الخل بغير شئ ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ او التخليل بالقاء الملح والتخليل
بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما **ق** ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال فى
الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله اهراق له
سكرا اى صبه يقال له هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بسكونها والهاء فى الاول بدل عن الهمزة وفى الثانى
زايدة وكلامه آه ظ لا يحتاج الى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك
الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز
عنه مع كثرة اسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها
اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها
لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى
بشركة او جوار **ق** الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اى ثابتة للخليط فى نفس المبيع اى للشريك ثم للخليط
فى حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعنى الملاصق قال المص افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء
وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روى عن رسول الله عم الشفعة لشريك لم يقاسم اى ثبتت الشفعة للشريك
اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل
ولا فى نفس الدار فح كالشفعة وقوله عم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما
واحدا والمراد بالجار الشريك فى حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعنى
يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة فى ابطال تقرر سببه وقيل معناه احق بعرضها عليه للبيع الا يرى
انه فسر الحق بالانتظار واذا كان غائبا واجيب بانه عم جعله على الاطلاق قبل البيع وقوله ينتظر يعنى للبعض

لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله عم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه
قال شفعته وفى رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك فى نفس المبيع والثانى للشريك
فى حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعى لا شفعة للجار لقوله عم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله عم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى
اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار فى حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله
ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال
على الغير بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا
اصلا ولا دلالة اذا لم يكن فى معناه من كل وجه وهذا اى الجار يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ما ورد به الشرع لان ورود الشرع
فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه وقوله فى الاصل اى فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم
وبعضهم من حمله كلامه ان نزاعه ليس فى الجار وحده بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل
القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله عم جار الدار احق بالدار رواه الترمذى وقال
حديث حسن صحيح وقوله الجار احق بسقبه رواه البخارى وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد
وقرار وهو ظ لانه المفروض وقوله تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن الاجارة والهبة
والمجعولة مهرا اعتبارا اى الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لم يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس فى معناه لانه فى معناه اذ الاتصال
على هذه الصفة يعنى اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا فى مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد
النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعنى
الشفيع اولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع
اسهل من الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة
عند البيع لزوم مؤنة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر مكنه
الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك
على المشترى من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه الشفعة
فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام
لانه عم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة
وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة اولا
فبين رسول الله عم عدم الشفعة والدليل على الثانى اعنى على الترتيب قوله عم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع
قال المص فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على
الشافعى ولان الاتصال دليل عقلى على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعنى قد ذكرنا ان دفع ضرر مؤنة القسمة
لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق
ق وليس للشريك فى الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ان المتاخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم فى ظاهر الرواية
فان سلم فللمتاخر ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر فى حق الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون
الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك
وابو يوسف فى غير الظاهر جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى

منزل معين من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع وفي الرواية الاخرى انه والجار سوا في بقية الدار ثم لابد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التعاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شايب شجر وذكر استحقاق الشفعة في السكة والحالة على ما ذكر في كتاب القضا وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يوخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار **قال** واذا اجتمع الشفعا فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي فاذا كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي اثلاثا بقدر ملكيهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان المرجوح ينعدم في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والتثليث مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا يستلزم ذلك والتي تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا يستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا يرى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان انضمت احديهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذكر باعتبار تفاوت وعصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله ويملك ملك غيره جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعا واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضا له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا تقضي بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي للحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها تقضي له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضا له بحقه فليس للآخر ان يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه

في حصته لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضا القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضا **قال** والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو توهم ان البا للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار ذلك ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابرا عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحلول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل واجيب ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد قوله والوجه فيه اي في هذا التاويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قايم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البايع به صح له ان يأخذه وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقا الخيار للبايع بخلاف الاقرار فانه يخبر عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما عمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية **قال** ويستقر بالاشهاد للشفعة احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة اضاف الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل بالاعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال ان قيد بها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد ويملك هو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضا القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله ويظهر فايدة هذا اي يتوقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلب الى وقت اخذ الدار باخذ الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره زوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يشفع بها غيرها وقوله ثم تؤكد بعد البيع يعني قول القدوري

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه **قال** واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ تنبه عليها طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على السرعة والمبادرة قوله وسوا ان يطلبها كما علم اي من غير توقف سوا كان عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل هذا لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل للقروي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتدا فكان كالسكوت والصحيح انه لا تبطل لانه انشاء فاومنهم من قال لو قال اطلب واخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المص وقوله واصل

الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد
باخوانه المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند
ابي ح يعني ان المراة اذا اخبرت بان زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او غيره فان اختارت نفسها في
مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكرنا انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المبتاع يعني
المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند
طلب المواثبة بان سمع الشرا حال غيبته عن المشتري والبائع والدار اما اذا سمع الشرا بحضرة احد هؤلاء فطلب طلب المواثبة
واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد
يبطل الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصره والآخران في مصر
آخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد
عند حضرة احد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا يسقط بتاخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب
الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك لم يمكنه التوكيل بهذا
الطلب لا يبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الضرر جواب عن قول محمد يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم يبطل
شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل
وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة لان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشرى فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من
الاجل على قدر المسير الى المشتري او البائع والدار المبيعة بطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى
احد هذه الاشيا قبل ان يطلب هذه الطلبا وان بعث من يطلب فلا شفعة له قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي
هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظ قوله لاختلاف اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان
السبب ليعلم هو محجوب بغيره اولا وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا
فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قيل لم تتم بعد بل لا بد وان يساله فيقول هل قبض المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبض
لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يساله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبر
به ليعلم ان المدة طالت اولا فان عند ابي يوسف وم اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا
لا يلزم المص لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي ح في عدم البطلان بالتاخير وقيل ثم بعد ذلك يساله عن طلب الاشهاد فاذا قال
طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث ساله عن طلب التقرير فان قال طلبته من غير تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان
اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة
لان اليد ظ محتمل يحتمل ان يكون يد ملك او اجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد تقرر دعواه وان
عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع لانه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكر
لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسال الحاكم المدعى عليه هل ابتاع
ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او
ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه يريد به ما ذكره في فصل
كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى **قال** ويجوز المنازعة في الشفعة ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر
الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المص وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا
رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل بهذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان
يحبس الدار حتى يستوفي منه او من ورثته ان مات وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي ح

لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضا على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع
البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد ارضى بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري و
انما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملكه بنفسه عن اختيار ليقال اخر بنفسه قبل وصول الثمن
اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة
اذا ماطل في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضا ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط
احضاره فلا بد من القضا بها ليتمكن المشتري واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضا
نافذا عند محمد ايضا لانه فعل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو اخر ادا الثمن بعدما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل
شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي **قال** وان احضر الشفيع البائع وان احضر الشفيع البائع الى
الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم
من ادعى عليها الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضرته ويقضي بالشفعة على البائع
ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع
لسماع البينة فلعلتين اشترك في احدهما مع البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري
واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضوره المقضي عليه للقضا بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت
فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وسواء البيع في حق
المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع توهم العود على موضوعه بالنقض في
المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله
ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا
كان ممتنعا فات الغرض من المشتري وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها
لكنه بقي اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو
انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحول العقد بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا لان
الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقا العقد لما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي بيع يفسخ
ينفسخ من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري
الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما
سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب
ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تغير المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري
العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة على
البائع لانه بائع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث
يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم
المبيع الى موكله قبل الخصومة اولا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة
من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه جرى
بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل
بالشرى كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما

في ح

الوكيل

الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم اجاب المص بقوله الآتية مع ذلك قام مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفي
بحضوره والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله وكذلك اذا كان البائع وكيلا ظ قوله وكذا اذا
كان البائع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة
كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم قوله واذا قضي للشفيع بالدار الى آخره ظ وقد ذكرناه ايضا **فصل**
في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف
بينهما فيه **قال** وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري
لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا
لتخير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه
ينكر ما يدعيه للشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه
نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي ح وم وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها
اكثر اثباتا فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء
مع بينة الموكل فانها للوكيل او كبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور
فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين
مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان
يجعلا موجودين في حقه وله ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة
الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقد بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة
على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران اي بحسب ما تخرجه البينتان فكان للموكل
ان يأخذ بايهما شاء واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا ان
البيع للمشتري فذاك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي ح في هذه المسئلة حكاها محمد
واخذ بها قوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منهما
اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين ان يأخذ او يترك وغير الملزم
منهما في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها ابو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذا وقعت التفرقة بينها وبين بينة البائع والمشتري
والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري
من العدو لانها غير ملزمة **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن
فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي
البائع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب
واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء الا يرى
انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري ثبت له الاخذ بالحق واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا
بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما
عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالتقايل لانه فسخ
ناظر للمتعاقدين لا مبطلا لحقوق غيرهما وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لما
ذكره في الكتاب وهو ظ وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البائع بالقبض او لا فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب

الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البائع والدار
بيد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن
اخذها الشفيع بقول البائع اي بالالف لانه اذا ابتدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله
قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبيا من العقد اذ لا ملك له
ولا يد وح يجب ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم انفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط
حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري
لان بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي ح
ان المبيع اذا كان في يد البائع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله
وهذا ظ كانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** لما فرغ من بيان احكام المشفوع
وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يوجد به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قال**
واذا حط البائع عن المشتري حطا في بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس
التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا ما ذكر
في الكتاب ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط
عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع
الشفيع على المشتري بذلك القيمة بخلاف الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في
فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظ قوله ومن اشترى دارا بعرض اي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها
الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون لانه من ذوات الامثال وهذا لان
الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من
حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي
تمنع من استحقاق الشفعة الا يرى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا
وهو على شفعته الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه ان ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف
البيت فانه اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة قوله وان باع عقارا بعقار ظ ووجهه مما تقدم واذا باع
بثمن مؤجل الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وانما
وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا
وقال زفر ذلك وهو قول الشافعي القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فيأخذه باصله
ووصفه كالزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمبتاع فلا اجل فيما
بين الشفيع وبينهما قوله وليس الرضى دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضى في حق
الشفيع بالنسبة الى الاصل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم
وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من
البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضرورة
ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف
الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظ
وقوله ثانيا اشارة الى قوله لا امتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اواخر باب

طلب الشفعة وقوله وان اخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل اه توهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب
بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط
فيبقى مع من يثبت الشرط فى حقه وقوله وان اختار الانتظار فله وقوله لقول ابى يوسف الآخر احتراز عن قوله الاول روى
ابن ابى مالك ان ابا يوسف كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب فى الحال لان الطلب انما هو
الاخذ وهو فى الحال لا يتمكن منه على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى
طلبه فى الحال فسكوته لعدم الفائدة فى الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله اولا ما ذكره فى الكتاب وفيه اغلاق وتقريره
حق الشفعة يثبت بالبيع اى عند العلم به وشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة
وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى عند الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضاء الاجل لو
وهو متمكن من الاخذ فى الحال جواب عن قول ابى يوسف الآخر وتقريره لا نم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نم انه ليس يتمكن
من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بان يؤدى الثمن حالا قال واذا اشترى ذمى دارا بخمر او خنزير واذا اشترى ذمى دارا بخمر
او خنزير وشفيعها ذمى اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظ وقوله وشفيعها ذمى احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء
قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال
المص اما الخنزير فظ يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم
فى باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما
اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخمر الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى
ذلك فالقول فيه قول المشترى مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة ينتقض
البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة
لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وتمامه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظ قال الاصل فى
المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير فى فصل على حدة واذا بنى المشترى
او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذى اشترى به المشترى وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف
المشترى قلعه وعن ابى يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يتركه وهو احد قولى الشافعى و
قول الغ وهو له ان يقلع ويعطى قيمة البناء لابى يوسف انه محق فى البناء لانه بناه على انه ملكه والمحق فى الشئ لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع
من احكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع فى الارض وبالمشترى شراء فاسدا
اذا بنى وبالمشترى اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اى ما قلنا انه لا يكلف لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى
الضررين ضرر المشترى وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجود ما يقابلها وهو البناء
والغرس فيجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية ان المشترى بنى فى محل تعلق به حق متاكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط
من جهة من له الحق وكل من بنى فى ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى فى المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن
الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع وهذا اى نقض البناء لحق الشفيع لان حقه اقوى
من حق المشترى ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اى الشفيع يتقدم عليه اى على المشترى ولهذا ينقض بيعه وهبته
وغيره من تصرفاته كاجارة وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفه بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له
الحق فان فيهما تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابى ح لان عدم استرداد البائع
فى الشراء الفاسد اذا بنى المشترى فى المشترى انما هو قوله واما عندهما فالاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية قوله ولا
حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اى فى الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اى حق الشفيع يبقى

بقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى قيل لان الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابى ح
فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا معنى لايجاب القيمة
راجع الى اول الكلام يعنى اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لانه بمنزلة المستحق والمشترى ان بنى او غرس ثم استحق
رجع المشترى بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشترى
ولم يجب عن قوله لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشترى يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين
بالادنى انما يكون بعد المساواة فى اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشترى فى الدار المشفوعة
وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطى ما زاد فيها بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف
ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشترى كثير الضرر لسلامة النقض بخلاف الصبغ وقوله وان اخذه بالقيمة معطوف على مقدر
دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته
مقلوعا كما بيناه فى الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البائع او المشترى لانه تبين
ان اخذه كان بغير حق وعن ابى يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك على المشترى فنزل منزلة البائع والمشترى ثم المشترى فى صورة
الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشترى مغرور ومسلط على البناء
والغرس من جهة البائع ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار كلامه ظ والتامل فيه يرشد
الى ان فى قول من قال انهم يعنى ائمتنا زعموا ان البناء اذا احترق لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا اغرق بعض الارض سقط حصته
من الثمن عن الشفيع وكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لعله التامل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشأه ان البناء
وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اذا فات من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة
ما غرق من الثمن وان نقض المشترى فالشفيع ان شاء اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الانقاض صار مقصودا بالاتلاف
فيقابله شئ من الثمن وقد مر فى البيوع وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن
ابتاع ارضا ظ وقوله وما كان مركبا فيه يعنى مثل الابواب والسرير المركبة وقوله على ما عرف فى ولد المبيعة اذا ولدت ولدا قبل
قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حكم التبع حتى يكون الولد ملك المشترى كالام وقوله فى الفصلين يريد به ما اذا كان فى النخل ثمر
وقت الشرى ثم جذه المشترى وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جذه ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال قوله
فى الكتاب يعنى فى مختصر القدورى

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيلا ما يجب فيه الشفعة
وما لا يجب بعد ذكر الوجوب لكن التفصيل بعد الاجمال قال والشفعة واجبة فى العقار الشفعة واجبة اى ثابتة فى العقار وهو ما له
اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اى لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا يؤخذ
القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والمربع الدار والحايط البستان واصله ما له حائط والحسب
بسكون السين وفتحها فى معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما يسكن فى ضرورة الشعر وقوله واذا لم يكن طريق العلو فيه
لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفى الشفعة اذا كان له طريق فى السفل بل اذا كان له ذلك كان
استحقاقها بالشركة فى الطريق لا بالجوار فيكون متقدما على الجار والمسلم والذمى فيها سواء وقال ابن ابى ليلى الشفعة رفق شرعى فلا يستحقه
من ينكر الشرع وهو الكافر قوله للعمومات من غير فصل والاستواء فى السبب والحكمة وهى دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضى الاستواء فى
الاستحقاق ولهذا ايضا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء الجارة قلنا ان لم يتضرر
فى الحال يتضرر فى المآل ويستوى الباغى والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا فاذا كان البائع غير المولى فللعبد الماذون
الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد
المديون من المولى جائز دون غيره قال واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب فى العقار ومن شرطها

ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في
فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب
لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار
تزوج الرجل عليها او يخالع المراة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق
عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر عن تمليك هذه الاشيا للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما يملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل الذي
هو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع آه كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما يجب استظهارا
وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع و
الاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها
اصلا وقوله اي قول الشافعي يتاتي فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة
عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة
وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا الاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة
قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم انما فرد هما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله
لان القيمة ما يقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما يقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف
كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به
وقوله وعلى هذا البيان اي عدم تقوم العوض عند العقد وبعده سوا في كونهما مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل وبالمسمى فان
فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشرا الفاسد واجيب بانه
جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط لا يفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان
ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شي منها وقالا يجب في حصة الالف يقسم قيمة الدار على مهر المثل والف درهم لانه
مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح
ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصليا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله
ولان الشفعة دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه
ان كونها مقصودة لا بد منه الا يرى ان المضارب اذا كان راس ماله الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار
رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح يتبع لراس المال وليس في
مقابلته راس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما
يجي فكذا في حصة الربح وهو البيع قال او يصالح عليها بانكار عطف القدوري قوله او يصالح عليها بانكار على
قوله او يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر نسخ المختصر وكلامه فيه
ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان اخذا لحقه فليس
معاوضة فلا يجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا الا ان
يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دارا الرجل على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة
للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتدا وقد قررناه في كتاب الهبة ان الهبة
بشرط العوض تبرع ابتدا ومعاوضة انتها بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب
ولا في العوض دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع
بشرط الخيار للبايع لانه يمنع زوال الملك عن البايع وبقا حق البايع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلان يمنع

يمنع بقا ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح
لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب
قوله وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل ويجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما
تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار الى آخره قوله واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار
لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت في جنبها والخيار لاحدهما اي
لاحد المتعاقدين من البايع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقا ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا
للبيع لانه قرر ملكه واقدام البايع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري
من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال
وهو ما ذكره التلجي ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره والشفعة لا يستحق الا بالملك فكان ينبغي
وقوله اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا
على انه بالخيار فبيعت في جنبها آه وقيل اذا كانت الحوالة رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال
وقيل لم نقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم يثبت الشفعة لاجل خيار البايع
لا لاجل خيار المشتري قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه
اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البايع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله ثم اذا حضر
شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان يأخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق
الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اول كلامه واضح وفي قوله ومن
ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده
صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا يرى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما
او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات
حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع
كما لم يثبت في حق الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا
يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت بمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه
كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساده رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود
فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان
الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع
حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك كان اخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك
يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت بجنب داره في الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل
ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه تزيل حسب الاحتمال باسقاطه وفي
الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبايعه
حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم ان له ذلك بل هو منهي وقد يترتب على المحظور من الاحكام
كالوطي حالة الحيض فانه يحلل المراة على زوجها الاول وتقرير الفساد ايضا المامور بنقضه من الشرع ممتنع
وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وارى ان قوله وحق الفسخ
ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد

فان الفسخ فيه وان كان ثابتاً بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة
يستحق على المالك بملك غير محظور او على من صار احق بالمبيع تصرفاً والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكاً فهو احق بالتصرف والمشتري
شراءً فاسداً ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عندابي ح وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة
لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فللبايع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي
المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد
لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثابتة بالشفعة متمكن من نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد وفي ذلك تقرير
فلا يجوز فان قيل الملك ان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البايع في استرداد
ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد فان بقاء ذلك منع الشفيع عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد اجيب بان
ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا
بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسألة لم يكن لمجرد بقاء حق البايع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير
الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان اسلم البايع الدار المبيعة بالبيع الفاسد
الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبايع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا باع بعد علمه بعد طلاق بقاء ما يستحق
الشفعة في تلك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت
شفعة المشتري لانقطاع ملكه عن ما استحقها به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبايع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً
وان استردها بعد الحكم بقيت الثابتة لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط ‹قال› واذا
اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى
الافراز ولهذا الجري فيه جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جاراً
بعد الافراز وهو متعذر واذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاضي
فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه
واما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان بالاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا تمكن
من الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري ففيه الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون
قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاضي المراد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله
هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما فاما
رواية الكبير فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب
القسمة في ساعته لم يكن في الرد فايدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية
هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلاً او موزوناً
من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون غير ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة
فيه فاما اذا كانت عقاراً او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانياً ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيداً

باب ما يتصل به الشفعة

تاخر البطلان عن الثبوت مما لا يختلج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع
بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول
ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع
الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت الشفعة وانما فسرنا بذلك لما مر كما ذكر قبل هذا ان الاشهاد

الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على
المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا الاعراض عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق بحالة الاختيار
وهي عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح
من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد
حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز
من الشرط الملايم وهو ان تعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان آجرتنيها
او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملايم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع
كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملايم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملايم لانه
اعواض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد
هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى ان
الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن
وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان
حصته مجهولة ولا تبطل الشفعة لفقد الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر
في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضاً فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال
والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح
عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص
وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقاً متقرراً واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم
يكن حقاً متقرراً وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت
العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في
هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص قيل
وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي
سليمان لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط
بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه
الرواية اي رواية ابي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضاً حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل
هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف
في موضعه في المبسوط ‹قال› واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات
قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته
ان ياخذوها وان كان الثاني فليس لهم ذلك وقال الشافعي في الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت
مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكونه خلفه وقلنا الشفعة بالملك قد زال بالموت والذي
للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو زال الا باختياره
بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط فان الثابت للشفيع حق ان يتملك الخيار بين الاخذ والترك وان مات
المشتري لم يبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا يباع الدار في دين المشتري ووصاياه لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع

لان حق الشفيع متقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها
القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حيوته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضا
منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضا بها
فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال
السبب مبطل بزوال به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشرا المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم المحال
او ابرأ عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري واستا
منه فان علم بالشرى سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما يسقط بها لدلالتها على رضى
الشفيع والرضى بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابرا ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها
وان لم يعلم واجيب بان تعلق ما يشفع به شرط الى وقت القضا بالشفعة وانتفا الشرط يستلزم انتفا المشروط فكان كالموضوع
له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال **فصل** ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع
فلا شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من
المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري او اشترى له كالموكل بالشرا فله الشفعة لما ذكر في الكتاب
ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشرا في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة
انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البايع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البايع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع
انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار
لغيره آه واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او بشعير قيمته الف او اكثر
فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه قال في
النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن الفا اراد انه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفا شرطه وفيه نظر لانه سيأتي بخلاف ما اذا ظهر
اكثر من الالف فان مستكثر الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذي
بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير معتبر فانه لو كان قيمتها اقل مما
اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر
الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت
بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر
فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود
وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه
غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضى بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت
شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط
وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فيصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده
وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر
الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف على عكسه الا انه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى
النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم
تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص

الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله الا ان المشتري
في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشرا الجز الاول واستحقاق الشفيع الجز الاول لا يبطل شفعة المشتري
في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله وان اراد الحيلة هذه حيلة يرجع الى تقليل رغبة
الشفيع في الشفعة والاولى يرجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من قوله
وهذه اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البايع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى
كل الثمن على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة
الدار وقوله والاوجه آه تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض
تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان ياخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة
ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم
يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين
فانه يبطل الصرف وقوله ولا يكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للرفع بعد الوجوب او للدفع
فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليكها فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم يسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع
والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القايل قاس
فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل
الزكوة **مسائل متفرقة** ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير
من مسائل الشفعة الا هذه والفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة
ضرر التشقيص فان اخذ المالك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه
يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين بينما اذا كان قبل
قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري قال روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين
لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البايع فيتفرق عليه الصفقة وله ان ياخذ نصيب احدهم
بعد القبض لان التملك ح يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله نزل له احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له
ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البايع وقوله لان العبرة في هذا النوع
للصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتدا فيما اذا كان المشتري واحدا والبايع اثنين واشترى نصيب كل واحد
منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك
واما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البايع اخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول للمشتري ادفع الى البايع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة
بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض
ليعيد الدار الى البايع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم
فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع
ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف
قال وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكر ان الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم

يعني احد المشتريين

بالطلب الاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم اصلا وقوله هو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوده وقوده والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف انه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وصحه بقوله الابرى وهو واضح وقوله ولانه دائر دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا ان بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ واذا بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما وان لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمهما اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل محاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي حنيفة بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي الاحسن وليس تركهما ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في الغنائم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والافراز هو ان يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ كل منهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بتعيين فاخذ مثل الحق بتعيين بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيهما اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ

كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة الا انها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط الرضى ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الامانة عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه امر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه وياخذ على ذلك من المتقاسمين اجر الكن الاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها يستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز الاجر عليها ومن حيث انها يشبه القضاء يستحب ان لا ياخذ وقوله عدلا امينا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة يعني اذا استاجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم كان الاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وتحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك ليستوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء وزيادة دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل امس وبجوازان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ونحو وان لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة اولا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب فالاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تاكيد وبيان وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

فصل واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون للشبهة في الملك او للتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك متحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والغرض عدم المنازع فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل

القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا اوصى بجارية
لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له
فلما ان التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهى اما اقرار الورثة او بينتهم و
اقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة
ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما
للمدعى عليه اجاب بقوله لا يمتنع ذلك اى كونه خصما بسبب اقراره لجواز احتياج الاقرار مع كونه خصما كما فى الوارث
او الوصى المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات
الدين فى حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظ ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر فى حقه فيحتاج الى اقامة البينة
ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما
كما فى المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان فى القسمة نظرا آه والثانى ان المنقول مضمون على من وقع فى يده
بعد القسمة ففى القسمة جعله مضمونا وفى ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابى ح فانه لا يصير مضمونا على من وقع فى يده عنده
وبخلاف جواب قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روى عن ابى ح فى غير الاصول ان القاضى لا يقسمه بينهم و
سوى بين الشرى والميراث وجه الظ ما ذكره فى الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم
فلم يكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظ قال المص هذه
يعنى القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيموا البينة
على الملك لاحتمال ان يكون ما فى ايديهما ملكا لغيرهما فانهم لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان
يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك فى يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول ابى ح خاصة
وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان فى الميراث بلا بينة ففى هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان
قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة
الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز متن واذا حضر وارثان واقاما البينة
وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضى بطلب
الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغايب قيل قوله فى ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح فى
ايديهما لانها لو كانت فى ايديهم لكان القبض فى يد الغايب ضرورة وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب ان كان العقار فى يد
الوارث الغايب او شىء منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس
وكذا لو كان مكان الغايب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصبى لظهور نصيبهما مما فى
يد الغير ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة يعنى فيما كان معهما صبى عند ابى ح كما اذا كان معهما غايب خلافا لهما
كما ذكرنا من قبل يريده قوله لم يقسمها القاضى عند ابى ح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها
باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرى وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله
يصير مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة
ويرجع الوارث بها على البايع كالمورث وقوله ولا فرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها يعنى فيما اذا كان
العقار فى يد الوارث الغايب او شىء منه كما اطلق فى الكتاب يعنى به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله
هو الصحيح احتراز عما ذكر فى المبسوط وان كان شىء من العقار فى يد الصغير او الغايب لم اقسمها باقرار الحضور حتى
يقوم البينة على اصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير باخراج شىء مما كان فى يده عن يده وان حضر

وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصِما ومخاصَما فالحاضر ان
كان خصما عن نفسه فليس ثمه خصم عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فما ثمه من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة
بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقى واضح

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا
يقسم بينهما فصلها متن واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم
ولا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم القاضى بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على
ما بيناه يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد والمبادلة مما يجرى الجبر كقضاء الدين آه وان كان الثانى فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما
ذكره من الفرق فى الكتاب وذكر الخصاف على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب الكثير وجهه
ظ وذكر الحاكم فى مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين
ودليل قول الخصاف دليل الجانب الاخر والاصح هو المذكور فى الكتاب اى القدورى وهو الاول لان رضى صاحب
القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد
عند طلب صاحب القليل وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما
القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما
وهما اعرف بشانهما اما القاضى فيعتمد الظ ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعنى يجبر
على ذلك لان فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة
والتكميل فى المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها فى بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل
يقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى قوله ويقسم القاضى كل مكيل وموزون ظ وقوله
ولا يقسم شاة وبعير يعنى لا يقسم جبرا فى هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة فى الشاة خاصة
ونصيب الاخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك فى البعير وغيره والاوانى المتخذة من
اصل واحد كالاجانة والقمقم والطست المتخذة من صفر ملحقة بمختلف الجنس فلا يقسمها القاضى جبرا وكذلك الاثواب المتخذة
من القطن او الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقبا والجبة والقميص يقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء فان رضوا
بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعنى ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضى ووجه
المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم يكن مشتركا فيرد عليها القسمة فكان
معاوضة بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعنى اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما
القسمة وابى الاخر يقسم القاضى بينهما ويعطى احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا
وربع ثوب والاخر ثوبا وثلثة ارباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض
دون البعض وذلك جايز لانه تيسر عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك فى الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك
فى البعض وما عداه معاوضة يحتاج الى التراضى قال ابو ح لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين
وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شىء اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح
القسمة فى قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظ واما عند ابى ح فيجعل الذى مع الرقيق اصلا فى القسمة جبرا ويجعل الرقيق
تابعا له فى القسمة وقد يثبت الحكم لشىء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف وان لم يكن
فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضى بينهما فى قول ابى ح ولا يجبرهما على ذلك

وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني
الباطنة كالذهن والكياسة لان العبد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد
فانه يباير المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى
من بني آدم جنسان ومن ساير الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية
حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كساير
الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكره فانه لا يحتاج اليه قوله
واما الجواهر الخ فواضح ❁ ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما
بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا
بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله
لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كان
دور مشتركة ههنا ثلثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده قسمة واحدة الا
بالتراضي والبيوت يقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض
قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق
البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه
فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور
قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وبعضها في الفصول كلها يقولان نظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة
على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت الخ واضح
الا انه ذكره الناصحي الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم يذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي وقوله لان اجارة
منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله او تبنى حرمة
الربوا هناك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني اذا كانت منافع الدار ومنافع الحانوت لانه لو جعل
الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله او تبنى حرمة الربوا هناك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني اذا كان
منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحل حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة من منافع الدار والحانوت
لاتحاد اصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة
مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النسا عنده كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا
لشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات
هذا الفن

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة
فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف ❁ وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور
ما يقسمه اي يكتب على كاغذه ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه اذا اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع
بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروي يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم
البناء لحاجته اليه في الآخرة اذ البناء لا يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب
عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث
الى ان يرفع السهام ويكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الخ قال الامام حميد الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم
سدس سهام ولآخر ثلثها ولآخر نصفها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها

قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله
الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه قوله وقوله في الكتاب واضح وقوله
والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم
تجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه
فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما
يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا يرى الى ذكر ما حيث استعمل
القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم ❁ ولا يدخل في
القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم
والآخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت
التعديل المراد بالقسمة لان احدهم يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل
اليها في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء الى انه
يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض يقسم بالمساحة لانه الاصل
في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة فاذا لم تف العرصة بقيمة البناء فح يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذه
توافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مزارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح
قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن
صرف ذلك عنه او لا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن
تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرورة بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر فيصرف الطريق والمسيل الى
غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع
بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت القسمة
لانها مختلفة لما فيه من الضرر ونفي الاختلاط فيستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من
الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال
كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة
لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق
على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل عن غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل يدخل
وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص لا يدخل عند عدمه عملا
بالوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال
الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لا يدع طريقا مشتركا بينهم
بل يقسم الكل وقال بعضهم بل يدع ينظر القاضي في ذلك ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك
للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة
فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر من عرض الاعظم

فيها دون التفاوت

ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد شبهة
المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد
فكيف يقول شبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق
ان اراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث
الذات فلا يجوز القسمة الواحدة
وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى
فيمتنع الاجارة لشبهة الربوا

اراد بالدراهم الدراهم التي ليست
في التركة

وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة يندفع به فلا فايدة في جعله اعرض من ذلك وفايدة قسمة ما وراء طول البناء من الاعلى ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول البناء كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول البناء يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء وهو لا يجوز من غير رضى الشركاء وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة **قال** واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة اذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كانت ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر وايجاد السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجهه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل يربو على منفعة العلو لضعفه لانها يبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكأنه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله ولانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لانه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول يتحالفان ويفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر هذا اذا ادعى احدهما الغلط في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه لا يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا يتحالف لوجود التناقض في دعواه قال المص ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك يناقض قوله واليه اشار من بعد بريديه قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجهه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا يقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لقائل ان يقول لا يسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل ان يقول يسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المص وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله ولو اقتسما دارا وهو عين مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود وقيل صورته دارا اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانب في طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شايع في النصيبين واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين ففي الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني يفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم يفسخ عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف يفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الالف ومائتين قال المص ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشايع وصفا وتعليلا من الجانبين وتكرار لفظ الشايع غير مرة وان في قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه

ليس بنقص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ينقص فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب
احدهما بعينه وح يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهور شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة لان موضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيهما فلا بد من التراضي وصار كما
اذا استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في نصيب
الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه
لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا
ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر وبهذا جاز القسمة على هذا الوجه في الابتداء
بان كان دار نصفين والنصف المتقدم فيها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المتقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر
بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فالقسم الاثنان على ان ياخذ احدهما نصيبهما
من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق شيء معين في عدم انتفاء معنى
الافراز بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا
ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس وقوله
ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي
رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف بما في يده الى قوله
اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في نسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض
ذلك بالبيع وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقسمان
الباقي بعد الاستحقاق وقوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة
والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد
والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لما كان البيع فيه فيضمن نصف
نصيب صاحبه **فصل** ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرء
الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث
لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة
الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراء الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين جوازها سواء كان
الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث والموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة
نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما
ولو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة
تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفهما فالاقدام
على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل ان يقول ان لم يكن دعوى الباطلة لعدم التناقض
فليكن باطلة باعتبار انهما اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت
الدين بالبينة لم يكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك **فصل من كتاب القسمة** لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في
بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياة واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخال ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام
في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منها لكنها بابا من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من
كتاب القسمة وقوله والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان

ان كلا منهم يرضى بهيأة واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف
الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين
في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها
بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي
لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو
انتقض لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايأ في دار واحدة على
ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن والتهايؤ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا
جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي جمع جميع منافع
احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شايعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة
كان تمليك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة ويشترط التاقيت فيه قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون
توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان
لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى
ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترط الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه
ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان
وقد يكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم يذكر بان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان
معلوما فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة
من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر
افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس
يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص
على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد
يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان
وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدور مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر
ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يامرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما من بد فلا ترجيح لاحدهما اذ
التهايؤ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كل منهما ينتفع
بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة
قوله ولو تهايآ في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا
روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى
قول ابي حنيفة اي الدور لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل
الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت اوجه لتعاقوله بلا تاويل وقوله ولو تهايآ فيهما واضح
وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة

الا ان القسمة

ولا تبطل المهاياة

الواحدة وقوله فيفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لايكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي ح في الكيسانيات انه لايجوز لان قسمة المنفعة يعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لايجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال آه وقوله اعتبارا بالتهائي في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذاقة وكما انه يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لايقدر عليه الآخر ثم التهائي في استغلال العبد الواحد لايجوز بالاتفاق وفي استغلال العبدين اولى ان لايجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصلح الى الغلة في الوقت الذي يصل اليه فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهائي في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهائي في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لاتبقى فيتعذر قسمتها ولاضرورة في غلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل التهائي في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعللها هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك يزداد علتين مستقلتين على حكم واحد بالتشخص هو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا الا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله ولان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولايجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان آه وقوله ولو كان نخل او شجر الى آخره واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المص معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم تعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لايضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة وله ما روي انه عم نهى عن المخابرة قيل المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانها لاتصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لايعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل جاز لانه عم ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لايصح الا ببيان مدة معلومة وسواء خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث بحجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيهما اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة وقوله واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارعة عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض آه وقوله الا ان الفتوى على قولهما واضح وقوله

وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لايتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لايعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلابد من بيان ذلك بالاعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة في الخارج يبقى اجارة محضة والقياس يابي جواز الاجارة المحضة باجر معلوم وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلابد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لايرضى لانه ربما يعطي بذرا لايحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الراي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال وهي عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لامحالة ثم ان يكون الجميع لاحدهما او لا والا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من احد الجانبين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بالنصف او باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع والثاني ايضا على وجهين احدهما ان يكون الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب سواضحه والمذكور من بطلان الرابع وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار ببعض الخارج والقياس يقتضي ان لايجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل بفعل رسول الله عم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان رب الارض مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض والعامل ببعض الخارج او ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض او العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الاجير او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو ان ما صدر من فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر عن غيره فهو جنس آخر واذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض ورب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فبطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف الاصل يجوز ان يستتبع الاخس والنوع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط وحده وصار جانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر لم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر

فكان في ذلك من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وبغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار
الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز وقوله كل ذلك بخلق الله لا مدخل له في الدليل وانما
ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك بهذا وجهان آخران
لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المص وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى
صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب
البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم يخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر
المثل في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعامل من آخر والبقر
من آخر والارض من آخر قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في
عهد رسول الله عم فالغى رسول الله عم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما
لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا به وفيها
الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل
الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل
قال ولا يصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية بهذه المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها
والثالث في بيان المدة لانه عقد على منافع الارض آه والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرط للجواز فعدمه مانع عنه
لان الشروط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت
قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة تجب الخراج
او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا
الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض
والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وحكم العرف عند الاشتباه واجب وقوله والتبع يقوم بشرط
الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه ايضا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا
للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع بنصف بنصف الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا عن
ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف
العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم
العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد وكانت المزارعة فاسدة قال
واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان يكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا
او لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح
فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت الارض
اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله وان كانت الارض اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل
بمن استاجر رجلا بعين فعل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد
صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا يهلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي
يتفرع الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا
وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان يخرج الارض وان لا يخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا يفوت

لا يفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت
وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المص
وقد مرت في الاجارة قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة
في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا
لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فيخرج هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا
يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له اجر مثله
بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ
وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه
حوالة بلا تغير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا فهو على
الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان للبقر مدخلا في الاجارة بجوز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة يعني فينعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب
له اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل
ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال
فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله
واذا استحق رب الارض آه واضح خلا انه يحتاج الى فارق بين حيث يمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق
بالفضل وبين حيث يمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المص اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل
من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياطا بالغا فكان الخبث شديدا فاورد
وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول والسقي ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا
هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطر السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم تورث وجوب ذلك قال
واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء
البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخ الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير
لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو اهلاك
البذر في الحال كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر
سوى ما التزمه بالعقد لانه التزام اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان
عذر يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة
ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وكرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان الماتي به مجرد المنفعة
وهو لا تتقوم الا بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزم
استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها
عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد
مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الكتاب استحسانا يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا

للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز
الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المص بقوله فلو كان دفعها ثلث سنين آه وعلم انه اراد بقوله واذا
مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه
ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك
ذلك اعتمادا على حوله في الطلاق اول المثلث ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر
الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكر بعيد هذا واذا
فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي ثقله لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز الفسخ
كما في الاجارة وقد فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضا او الرضا
لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه
بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود
وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب
الارض فللعامل اجر مثل عمله والبذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على
عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب
الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا
الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج
لم يجب شيء ثم فسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر
حكمه واما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع
وفي التاخير ان كان اضرار بالغرما لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض
ولم يكن هو ظالما في ذلك الحبس جزاء الظلم ولم يذكر المص الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق
رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قايم لان التبذير
استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنما وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة
ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للزرع في الارض عين قايم ولعل هذا اختيار المص ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب
الارض ولم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية **قال** واذا انقضت
مدة المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك تبقى الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد
الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل
حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهو
مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله
لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك ان الواجب على العامل قلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان تعينا
بلا اجر تضرر رب الارض فتعيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف
ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فان
انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لانه
هو مضطر لاجل حاجة فلا يوصف بالتبرع لانه يمكنه من الاستيذان من القاضي فيمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان
ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ذلك مكن منه ويتخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة

المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واشتغال
الضرر ليس بمجبرة في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع
لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه
من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان بقاء العقد بعد وجود المنهي آه
وقوله والمالك على الخيارات الثلثة يعني المذكورة الان في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكله آه العمل العامل يستحق
لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل آه **قال** وكذا اجرة الحصاد والرفاع
قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية
تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك بل هو عام
في جميع المزارعات وكلامه واضح ربما كان يوهم اختصاصها بذلك فقال المص وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصور
وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة
على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها
معنى الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت
وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه التبذر اذا شرط شيء
منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروي عن اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت
للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والمص جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك
كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة
كالحمل الى البيت والطحن واشباههما ومما ليسا من اعمالهما فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك
وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر فكان التبذر في ملكه اليه
خاصة والمعاملة قياس هذا اي المساقاة ايضا على هذا الوجه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة
باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية
نعالهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة
التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عم باهل خيبر الا ان اعتراض وجوه
صوبت ايراد المزارعة قبل المساقاة احدها شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع
مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي
معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام
في المزارعة يعني شرايطها هي الشرايط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جايزة عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه اخذ زفر وجايزة
عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي المعاملة جايزة والمزارعة لا يجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون
النخيل والكرم في ارض بيضا يسقى بما النخيل فيامر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب
وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها
بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع
رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب
فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت
معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي

ولم تبلغ حد الاثمار كذا وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معا كاه حتى يذهب اصولها وينقطع
نباتها وقوله او اطلق رطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت
فهي جايزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المص وكلاه قيدين عني عنهما فكان ايجازا نخلا او شجرا
لانها تنموا ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا اشترط القيام عليهما حتى يذهب اصولهما لانه لا نهاية
لذلك فكان معلوما وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت انته بتاويل المدة قال ويجوز المساقاة في النخل
والشجر هذا بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه وخصص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر حديث خيبر وكان في النخل
والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة تقتضي عموم الحكم ولا نم ان اثر خيبر خصهما لان اهلها يعملون في
الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه
يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة
القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص لعينه معلوم وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله
لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا انعقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر
من العمل لم يجبر عليه آه والحاصل ان المساقاة لم يشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب
البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم يكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء
الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج وقوله
واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه
واما في القياس قد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا
انصافا لان صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح على
ما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وهذه خلافة في حق مالي جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مر ان الخيار لا يورث كما
تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر اخضر فهذا والاول يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار
ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره وان ابى خير الآخر بين الخيارات الثلثة بخلاف المزارعة
في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا ذكره في الكتاب
وهو واضح قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله
ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض آه وقد بينا وجوه العذر
فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا
ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل
بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا
يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان
يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف
البستان فكان فاسدا او تعذر رد الغراس لاتصالها بالارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن
تسليمها شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل
العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المص في كفاية المنتهي وهو شراء رب الارض نصف
الغراس من العامل بنصف ارضه او شراه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد

بالارض فانه لو قطع الغراس وسلمها لم يكن
تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطع خشب ولم
يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر
بقوله معي ان يكون الارض ه

العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المص وهذا يعني المذكور في
الهداية اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس
آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة
فيلزم قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله

كتاب الذبايح

المناسبة بين المزارعة والذبايح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة انما يكون باتلاف الحب في الارض
للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين
ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلعم
كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان
يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان
ياكل ذبايح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتجربة فلا يرد الشرع باباحته
الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه
كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه المالهم والذكوة الذبح واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية
الشباب وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكوة شرط حل الذبيحة الذبح شرط حل ما يوكل لحمه من الحيوان
لقوله تع الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى آخره استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على
المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص
عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكوة فلا بد منها لتميز النجس من
الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الحل في الماكول يثبت به الطهارة في
غيره لان الذكوة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله عم ذكوة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة
طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكوة يطهر ويطيب وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة وهي الصدور
واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن قوله والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل
لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح
ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم
عزير والمسيح لقوله تع وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال وذبيحة المسلم
والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط
المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تع الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم
عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا الافادة ضم اليه قوله تع وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبايحهم واستدل بعض على بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص
اهل الكتاب بالذكر فايدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ونظر فيه فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي
ما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة
يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرايط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان الذابح صبيا او مجنونا
قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا
يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الآيتين المذكورتين
وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب

والاولى ان يحمل اشارة الى الآية والى قوله ولانه بتيمير النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قبل انما ذكر الاقلف احترازا
عن قول ابن عباس فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لاتجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا الظاهر وقوله لان الشرط
قيام الملة فنظر لان وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه يشترط في معنى العلة وقوله
ولايؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى دين غيره يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس
فلايؤكل ذبيحته **قال** وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا
او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيح ميتة لاتؤكل وان
تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله عم المسلم يذبح على اسم الله سمى اولم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط
لايكون كذلك وبان التسمية لوكانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة فانها لما كانت
شرطا لم يجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها كما في الناسي
والجواب عن الحديث كما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن
حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لانسلم الملازمة فانها تفضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد
والنسيان معهودة فيما اذا كان الناسي هيئة مذكرة في الصلوة والجماع في الاحرام وههنا ان لم يكن هيئة
يوجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولمانع ان
يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك وعن التنزل لما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي
وهو معذور لايدل في حق العامد ولاعذر له واما ما شنع به المص بكون ما ذهب اليه الشافعي مخالفا للاجماع فواضح
واستدل مالك بظاهر قوله تع ولاتاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيد من الاستغراقية
عن اكل متروك التسمية وهو بط قد تقتضي الحرمة من غير فصل وهو اقرب لامحالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن
عمر والجواب انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول
لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لايخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لايخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج
مدفوع بقوله تع وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تع ولاتاكلوا مما
لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد الذكر حال الذبح لاغير وصلة على تدل
على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولاتاكلوا عام مؤكد بمن
الاستغراقية التي يفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله
عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع
باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع
وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكر في التشنيع بقوله فانه لاخلاف فيمن كان قبله
في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي
فانه عم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لاتاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب
غيرك علل الحرمة بترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها
في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وفي الصيد عند الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعا وهي واضحة
قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تع شيئا غيره المسائل المذكورة ظ وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال
الى انه لو قال غير مكسور لايحرم هذا اذا كان يعرف النحو وقال الترتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير ذابحا بهما وان
رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لايرى الخطأ

في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لايحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لاباس ولو قال سبحان الله
او الحمد لله يريد التسمية حل بالاتفاق والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور به ههنا الذكر قال الله تع
فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات قد صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لايكون مكبرا ولو عطس عند الذبح
فقال الحمد لله لايحل في اصح الروايتين والفرق للامام بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله
انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المامور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تع فاسعوا الى ذكر الله
وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لاباس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله وانما ذكر
بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ
الجامع الصغير والاصل فيه قوله عم الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان
كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظ للامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط
ايضا تساعده ولكن صح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لايحل وكذلك في فتاوى اهل سمرقند لانه
ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما يرى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل
انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولامعتبر بالعقدة **قال** والعروق التي تقطع في الذكوة العروق التي
تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى
الاكتفاء بالحلقوم والمرئ وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين
رجع اليه بعد ما كان قوله كقول ابي حنيفة كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد ايضا وقال المص المشهور في كتب مشايخنا ان هذا
قول ابي يوسف وحده وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلث ايها
كانت وهي ثلثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله عم افر الاوداج بما شئت والفري
القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا الورود الامر بفريه احتج الشافعي
بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما تحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان
الحيوان لايعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لاتدل على الحلقوم والمرئ اصلا واما
المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما تحصل بقطع مجراه واحتج مالك بظاهر دلالة اللفظ وبما تقتضيه
فالاوداج جمع واقله ثلثة فيتناول المرئ والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم
بالاقتضاء وجوابه يجيء واحتج ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الآخر
اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ فان المرئ مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس وقع في بعض
النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه يجيء واحتج محمد بان كل فرد منها اصل بنفسه لا
عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج
ابو حنيفة بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها
وهو انهار الدم المسفوح والتوحية اي التعجيل في اخراج الروح لانه لايحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويحصل
بهذا جواب ابي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالك لانا نقول
الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تع لايحل لك النساء لان ما تحته
ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني
اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا
كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح

بالظفر والسن الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جايز مكروه واكل الذبيح بهما لاباس به وقال الشافعي هو ميتة لقوله عم
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة
المنزوع والقايم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا
قوله عم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير
المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عم فانهما مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان
ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب عن دليله
المعقول وتقريره انا لا نم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة
تحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وفي كلامه نظر سوى الغالط
نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل فيكون في معنى المنخنقة
وقوله عم لبذارت ان يميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد لذبحه وليس كذلك
لان المذبوح لا عقل له وموضع كونه سوء ادب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل محتاج اليه
لمعرفة الكلية وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه فسره المص بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسب
صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام
او عصب وعروق هي شرايين واوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا ثم المص الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل
ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة قال وما استانس من الصيد قدم ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري
فلا مصير الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار
عند العجز وقال مالك لا يحل الا بذكوة الاضطرار في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر وانما در لا حكم له وقلنا لا نم
الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق وقوله في الكتاب يريد القدوري وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدور
والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس جايز ويكره لما ذكر في الكتاب يريد القدوري وقوله
يعني في غيره اي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن
الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه
وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكوة الجنين كما في
قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق فصل ذكر هذا الفصل عقيب الذبايح
لانه المقصود من الذبايح والوسيلة الى الشيء يتقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله
كيلا يتعدى شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب
من فعل سباع البهايم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب
بنابه من الارض كالاسد والذئب وقوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون
الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال
نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله عم فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح
وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تع ويحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طاير ابلق
تشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط
الحب ولا ياكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه الابقع الذي ياكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط
ياكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف مكروه وكذا الغداف وهو الغراب

بالنقل

غراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما اكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط
كالدجاج والعقعق فلا باس باكله عند ابي ح وهو الاصح لان النبي عم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به
قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله وهي حجة على الش يعني نهي النبي عم وانثه لتانيث الخبر فان قيل يعارضه
حديث ابن عمر ان النبي عم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث ابن
عباس قال اكل الضب على مائدة رسول الله عم وفي الاكلين ابو بكر اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا
يرجح الحاظر على ان المبيح ماول قبل التحريم ولا يؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه
تشبثا بما روي عن عايشة انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تع قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وبحديث غالب بن ابجر اما الآن
فلجواز ان يكون قبل تحريم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه ماول لرسول الله عم
لم يبق من مالي الا حمرات فقال عم كل من سمين مالك وما استدل لا يحل اكل الوحشي وهو ضعيف ياكل ثمنها واما الاستدلال فلان
من شرطه ان لا يكون النوع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قايم فيبطل القياس فصل ويكره لحم الفرس
عند ابي ح كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي
ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان تركا على النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك
وقوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سال ابا ح اذا قلت في شيء اكرهه فما رايك فيه قال التحريم
ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي ح على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما
انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهذا يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي
يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عم احلت
لنا ميتتان ودمان الخ وقوله ويتفرع عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى
فانها يؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان
سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لذلك وان كانت لا يؤخذ
بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه
في الماء لتاكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو معنى ما انحسر عنه الماء وقال عم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر
والبرد روايتان احديهما انها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد
صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ
الاسلام انه على قول ابي ح لا يحل وعلى قول محمد يحل

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبايح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى
وهي افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء
وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء وقال الاصمعي وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية
بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشرع
عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرايطها تذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت
وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا
اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه تعالى يوم الاضحى
فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببه ذلك مما يدل على سببية الوقت امتناع التقدم عليه كامتناع تقدم

قال الرسول الله صلى الله تع عليه وسلم لم يبق من مالي
الا الحمرات فقال عليه الصلوة والسلام كل من سمين
مالك و استدل لا يحل اكل الوحشي
وهو ضعيف

الصلوة على قيمتها لانقال لوكان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والوجوب عدمه هي
واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة
والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لانقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها
يملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لاينافي وجوبها
بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وسواجبة فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لانقال لو
كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد يحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل
النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاجر واما حكمها فالخروج عن هذه الواجب في
الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تع في العقبى الاضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في
الفقه صنفه ابو يوسف وقيد بقوله في الوظايف المالية احترازا عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما تحملتان فيها
لان للمسافر المشقة في ادائهما والعتيرة ذبيحة كانت يذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام
ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد لايلحق ترك غير الواجب اعترض عليه بقوله عم من ترك سنتي لم ينل شفاعتي واجيب
بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام
وقوله لان الاضافة للاختصاص ظ وقوله وهو اي الاختصاص الوجود لانه اذا لم يوجد منه لايكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص
والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولايجتمعون على ترك الواجب
واعترض بان السنة ايضا يفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لايجتمعون على ترك السنة واجيب بان
الواجب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء اختص باسباب اي بشرايط يشق على المسافر استحضار
وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر موثر في التخفيف
الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لايبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهي اقوى
حرجا من زيادة الثمن الماء وقوله والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عم من اراد ان يضحي منكم فكان قوله عم
من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهد
بها وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المص وذكر في الايضاح انها عبارة عما
اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عم كتب على الاضحية
ولم يكتب عليكم وقوله عم ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم وبان ابابكر وعمر كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة ان
يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني
بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقة فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين
وعن الثالث بانهما لايضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب
بالحرية بيان للشرط المذكورة في اول الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر احضارها
وقوله لما بينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله وسنبين مقدارها اي مقدار الوقت وقوله
لايجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة انها
يجب عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه
ويبتاع بما بقي مما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد
وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له الا ان ياكل ويطعم ويذبح عن كل
واحد منهم شاة كلامه واضح وقوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لايجوز كما اذا مات وترك امراة وابنا

ونصف السبع

وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المراة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز
في الاصح احترازا عن قول بعض المشايخ انه لايجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع لايجوز في الاضحية
واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقوله
الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا
للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس و
قوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لايمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها
لم يكن به باس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها آه وقوله وما رويناه حجة على مالك
والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل
نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف
من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي حين قدم الكوفة وقوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لايجوز قياسا لان
اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يوخذ بالاحتياط ووجه
الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جايز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج
الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا وهي جايزة في ثلثة ايام كلامه
واضح قوله ويجوز الذبح في لياليها اي ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لاغير فلا يدخل الليلة
الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على
ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل
وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليلة لان الليالي تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب
وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في
ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولاشك في افضلية الواجب والسنة على التطوع
واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولاشك ان
الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف ظ فان الطواف في حق
الافاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي لاتفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت
ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي هذه الشاة سواء كان الموجب غنيا او
او كان المضحي فقيرا او قد اشترى شاة للاضحية يتصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق
بقيمة شاة اشترى او لم يشتري لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات
وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة يقضى بعد فواتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجمع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء
ولايضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لايجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان
قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها وللعوراء اثر في ذلك لانه لايبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين
وقلة العلف يورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي ما لايمكنها المشي برجلها العرجاء
وانما تمشي بثلث قوايم حتى لو كانت يضع الرابعة على الارض ويستعين بها جاز والعجفاء التي لاتنقي هي التي ليس لها
نقي اي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضحة وقوله وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي الاول وهو ان الاكثر
من الثلث مانع لا ما دونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزاه بالنسبة الى قول من يقول ان

الربع او الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف وم رواتيان وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في اول الكتاب
وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الايرى ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض
يشوبه شعيرات سود والوجا نوع من الخصا وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعيبت يعني
الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكوة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه
رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط
الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير ذبحها لان الوجوب
عليه بالشراء وقد تعذر وهذا الذي ذكره من الاصل موافق ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا يصير واجبة
بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا
انها لا يجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانها اذا اصابها عيب
مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك وقوله استحسانا قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه
القياس مخالفه لان بادي الواجب بالتضحية لا بالاضطجاع وهي معينة عندنا فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه
حصل بمقدمات الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من ان يكون سببا من اسباب
هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر قال والاضحية من الابل والبقر كلامه واضح
وقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل
في التبعية لانه جزء منها ولهذا يتبعها في الرق والحرية لان المنفصل من النخل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام
فهو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك
فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك
زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما
اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الى
وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا او لحما فصار الكل كذلك وفي عكس
لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها او كانت في غير
الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال ويأكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان يكون منذورة اولا فان كان
الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق
وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله عم فكلوا منها وادخروا
والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة
والمهملة والاماز بر التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل او الاطعام
فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز
روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان تملك البدل
من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة
وقوله من دمها كل ذنب تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا وقال ابو سعيد
الخدري هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد والمسلمين عامة فقال عم لاهل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحي
بها بعينها في ايام النحر فيما اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية
هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كما لو باع اضحية يعني انه لو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص

النقص من الاولى تصدق بما فضل عن الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن اتلف لحم اضحية
غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا
وهو قوله وكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه يملكها بسابق الغصب يعني فكانت التضحية واردة على
ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاسناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن
فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست حقا للشاة فيصح ان يقال يظهر الاسناد فيه
او لا يظهر فان الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل
من اصل او فرع ترد فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز
الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية ايضا كذلك وقوله واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث يجعل لبنه حلالا ما لا بأس به واكل لحمه
محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب
من كل واحد منهما لان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس
وقوله عم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على
ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما
استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس
اما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة
في جامع الصغير واري انه مخالف لما ذكره المص في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع
ذلك فقد ذكره في الحرام المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشجر المسمر والسرج ما يجعل
تحت ذنب الدابة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانيقي
بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة
فيه فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فتوقف كلهم وتعجب ابو جعفر قال ومن
ارسل اجيرا له مجوسيا كلامه واضح وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة
اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما واتى برواية الجامع الصغير لان الهداية فيها نفس الجارية
وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا يبعث عادة على ايدي هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها اي في العادات
قول المستور وقوله جريا على مذهبه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار
احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد وقوله يعتبر فيهما اي في الفاسق والمستور اذا
اخبرا بنجاسة الماء اكبر الرأي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين
كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية
على الغير وقوله ما ذكرناه اشارة الى الهدية والاذن وقوله فان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به يعني حكما
لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قبل الاصل الطهارة وقوله لما قلنا
اشارة الى قوله اما التحري فمجرد ظن فيه احتمال الخطأ وقوله ومنها اي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر
الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل
الاكل والاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة

فبقي اعتبار العدالة

ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا انتضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من
امراة واحدة بل لابد فيهما من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا
لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اى قول المجوسى فى الحل اولى ان يقبل فى الحرمة وهو يدل على ان العدالة
فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامنا قضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شئ يثبت ضمنيا ولا يثبت
قصدا فلا يناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا **قال** ومن دعى الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس
والغناء بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل
المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة فى قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها
قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع
النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عم من راى
منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغى ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا
كان المغنى فى ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المغنية واما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع
القوم الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهى كلها حرام لان محمدا اطلق اسم اللعب والغناء بقوله
فوجدته اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لقوله تعالى انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا حرام لان الحاصل من هذا
القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبى عم فى قوله لهو المؤمن باطل الا فى ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن
قوسه وملاعبته مع اهله وقوله بضرب القضيب عنى به خشب الحارس وقوله وكذا قول ابى يوسف معطوف على قوله المسئلة
فصل فى اللبس لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج
اليه **قال** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله عم انما يلبسه من لا خلاق له فى الاخرة
وهو عام فى الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث اخر فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل
الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص فى افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا
يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله عم من غير نكير وذلك اية قاطعة على تاخره
فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله عم هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن اين العموم اجيب
بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله وقالا يكره يعنى للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وقوله
لما العموم ما يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له فى الاخرة وما روى عن عمر انه استعمل حسان بن النواة
فرجعوا القباء ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لانى ارى عليكم ثياب اهل النار والحكم
بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله والجامع كونه نوعا يريد المستعمل ان لا يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له فى الاخرة منه ليرغب فى
تحصيل سبب يوصله اليه وقوله ولا فصل فيما روينا يريد به قوله عم هذان حرامان على ذكور امتى وقوله والخز مسدى بالحرير
قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف وهو حيوان فى الماء وجملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا
يجوز لبسه فى غير الحرب بالاتفاق واما فيه فعند ابى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثانى ما يكون سداه حريرا او لحمته
غيره فلا باس بلبسه فى الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث
عكس الثانى وهو مباح فى الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة فى عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة فى غيره فيكون
مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد انه ما
كان يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله عم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه
رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدى برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تبارك وتعالى من حرم زينة الله التى

التى اخرج لعباده **قال** ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب لا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا من قوله عم هذان حرامان
على ذكور امتى ولا بالفضة لانه فى معناه فان قيل قوله عم هذان حرامان على ذكور امتى لكونه خبر الواحد لا يعارض قول
الله تعالى قل من حرم زينة الله الاية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول
فجاز التقييد به وقوله وقد جاء فى اباحة ذلك اثار هو ما روى انه كان لرسول الله عم خاتم فضة منه ونقشه محمد سطر
ورسول سطر والله سطر وعن معاذ انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبى عم ما نقش خاتمك
يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عم امن كل شئ من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبى عم من معاذ فوهبه منه فكان
فى يده عم الى ان توفى ثم كان فى يد ابو بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم كان فى يد عثمان حتى وقع من يده فى البئر
فانفق مالا عظيما فى طلبه ولم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لا داء الحجر فيه
ومن الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسى فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبى عم ولانه ليس
بثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعنى الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذى هو
المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روى عن البراء
بن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله عم استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة
تعليته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الاخر والجواب انه منسوخ لحديث ابن عمر ان النبى عم نهى عن
ذلك وروى ان رسول الله عم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله عم وقال لا البسه
ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روى عن رسول الله عم هكذا وعن ابى يوسف مثل قول كل
منهما يعنى اختلف المشايخ فى قول ابى يوسف فمنهم من ذكر قوله مع ابى حنيفة هكذا ذكره الكرخى وذكر فى الامالى مع قول محمد والكلالة
بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ما كانت عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا
فى عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء فى الحديث
ان النبى عم كان يمسح وضوءه بالخرقة فى بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر
فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل
اذا خرج فى سفر عمد الى شجر يقال له الرتم فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امراتى
وان اصابه وقد انحل قال خانتنى بهذا المروى عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهى خيط التذكر يعقد
بالاصبع وكذلك الرتمة **قال الشاعر** اذا لم يكن حاجاتنا فى نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقار مصدر بمعنى
العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب **فصل فى الوطى والنظر واللمس** مسائل
النظر اربع نظر الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والاول على اربعة اقسام نظره
الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير **قال** ولا يجوز
ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار قوله عم المراة عورة مستورة
ثم ابيح النظر ببعض المواضع وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله الا وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك لكونه ارفق
بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما
وقوله ولان فى ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والاكف الرصاص وقوله فاذا خاف الشهوة
لم ينظر من غير حاجة لقوله عم لعلى لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى والثانية عليك يعنى بالثانية ان يبصرها عن شهوة وقوله
ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اى يوافق قال للمغيرة بن شعبة لما اراد ان يتزوج امراة والخافضة للجارية كالختان
للغلام يعنى ان الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة فى حق الرجال ومكرمة فى حق النساء

لقوله تع انما الحيوة الدنيا لعب ولهو

فلا يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض وللهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن ابى يوسف رحمه الله
واذا جاز الاحتقان جاز للمحتقن النظر الى موضعه قال وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثانى من اصل التقسيم قوله
خلافا لما يقوله ابو عصمة يعنى سعد بن معاذ المروزى ان السرة احد حدى العورة فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعى على
ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة والشافعى لا يقول به وهذا ساقط لان المص لم يعلل بهذا
التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والماخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل
الشافعى غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا له فى استدلالا بالغاية فانها لا يدخل تحت المغيا والفخذ
عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هى السوأة دون ما عداها لقوله تع فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة و
ما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكمارى معتمدا فيه على العادة وقوله لانه
لا معتبر بها اى بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة وقوله وقد روى ابو هريرة جواب عن قول الشافعى ودليل على كون الركبة عورة وقوله الحسن بن على جواب
عن قول ابى عصمة والشافعى وقوله وقال عم الفخذ عورة جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل معقول على كون
الركبة عورة والباقى ظ وقوله لانهما اى النظر والمس ليس بعورة سوا وقوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر
الرجل اليه منه عكس القسم الذى نحن فيه وقوله ووجه الفرق اى فرق ما ذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا
وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا الا يرى الى وجوب العمل بخبر الواحد
والقياس بسبب غلبة الصدق وعليه الصحة لا لحقيقتهما وان اباح جوز الصلوة فى السفينة قاعدا لان دوران الراس
فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفى
جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر
ولا اعتبارا لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضا الى المحرم اقوى من المتحقق من
جانب واحد لا محالة قال وتنظر المرأة الى المرأة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه
من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل الى
الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اى فى الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول
فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر فى جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل
على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا احوج من الرجل
ويتمكن الرجل من الاغتسال فى الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار فى المبسوط وقوله كنظر الرجل الى
محارمه يعنى لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتى قال المص فالاول اصح لان نظر الجنس اخف قال وينظر الرجل من
امته هذا هو القسم الرابع من اقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المص ظ وقيد بقوله من امته التى
تحل له لان حكم امته المجوسية والتى هى اخته من الرضاعة حكم امة الغير فى النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على
حل الوطى فينتفى بانتفائه والعير هو الحمار والوحشى وخصه بالذكر لان الاهلى نوع ستر من الاقتاب والبنو وقد جعل سوا الاهلى ايضا
وقول ابن عمر الاولى ان ينظر يعنى وقت الوقاع روى عن ابى يوسف فى الامالى قال سالت ابا ح عن الرجل يمس فرج امرأته
او تمس هى فرجه ليتحرك عليها هل بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر قال وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
الخامس من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جايز دون بطنها وظهرها
وفخذها وقال الشافعى فى القديم لا باس بذلك جعل حالها كحال الجنس فى النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه اذا قال لامرأته انت
على كظهر امى فلو كان النظر اليه لما كان الظهار لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله والاصل فيه اى فى جواز ما جاز وعدم جواز

جواز ما لم يجز على تاويل المذكور وقوله تع ولا يبدين زينتهن الآية والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال واراد المحل مبالغة فى
النهى عن الابداء لان ابداءها اذا كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل اولى وذلك بقوله تع ولا القلائد فى حرمة تعرض
محلها وقوله وهى ما ذكر فى الكتاب يريد به الوجه الخ ويدخل فى ذلك اى فى مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص
والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار و
الكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست
مواضع الزينة وباقى كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعنى الضرورة وقلة الرغبة اى فى المحرم وقوله فى الاصح
متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا قال لا يثبت
حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزنا لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته
مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة
لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف فى موضعه ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضى للاباحة
وهو الحاجة الى ذلك فى المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله
ولا باس وكلمة فوق فى قوله عم فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلثة ايام ايضا فكان كقوله تع فان
كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان فى المسافرة خلوة وقوله فان احتاج الى
الاركاب اى اركابها وفيه ذوات المحارم والاصل فى ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان
النبى عم كان يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الانتفاء عن الشهوة
ما امكن قال وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا النوع الاقسام من ذلك كلامه واضح وقوله علاها اى ضرب
علاوتها وهى راسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه لا يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة ووجهه
ما روى عن ابن عباس انه قال ومن اراد ان يشترى جارية فلينظر اليها الا فى موضع المئزر وتعامل اهل الحرمين ووجه
العامة ما ذكره فى الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعنى اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ
فيه فمنهم من قال يحل اعتبارا بالمحارم واليه مال شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وفى
الاركاب والانزال اعتبر محمد الضرورة فيهن يعنى التى لا مدافع بها وفى المحارم بمجرد الحاجة لا الضرورة وقوله ولا باس
بان يمس ذلك اى المواضع التى يجوز النظر اليها اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهى كذا فى المختصر واطلق فى الجامع الصغير
فقال رجل اراد ان يشترى جارية لا باس بان يمس ساقيها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين والباقى
واضح وقوله وكذا المخنث فى الردى من الافعال يعنى من يمكن غيره من نفسه احترز عن المخنث الذى فى اعضائه لين و
تكسر باصل الخلقة ولا يشتهى النساء فانه رخص بعض مشايخنا فى تركه مثله مع النساء استدلالا بقوله تع او التابعين
غير اولى الاربة من الرجال هو المخنث الذى لا يشتهى النساء قيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذى
لا يدرى بالصنع بالنساء انما همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان يقول قوله تع والتابعين من المتشابهات
وقوله تع وقل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ به واليه اشار المص بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله
المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تع والطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء اى لم يطلعوا اى لا يعرفون
العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الآية يريد بالنص قوله تع
او ما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعى به قال سعيد اى سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير قال
فى النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن وغيرهما سمرة بن جندب لا يغرنكم سورة النور فانها

في الاناث دون الذكور ولان الذكور يخاطبون بقوله تع قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تع او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاما الى سيدتهن استفيد من قوله او نسائهن فلو حملت هذه الآية على الاما لزم التكرار وبان الاما لو لم يكن مراده من قوله تع او نسائهن وجب ان لا يكون مرادة من قوله تع او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان لا يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا اشكال على احد ان للامة ان تنظر الى سيدتها كالاجنبية والملك ان لم يرد بوسعة فلا اقل ان لا يزيد مضيقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس والظاهر انه ازيد بنسائهن من صحبهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سوا والمراد من قوله وما ملكت ايمانهن الاما وعن الثاني بان حال الامة تقرب من حال الرجال حتى يسافر بغير محرم فكان مشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتعين الحرائر دون الاما والباقي واضح

فصل في الاستبراء وغيره

اخر الاستبرا لانه احتراز عن وطي يعقبه والمقيد بعد المطلق يقال استبرا الجارية اي طلب براءة رحمها واوطاس موضع على ثلث مراحل من مكة كانت وقعة للنبي عم الاستبرا واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال انه عم نهى عن الاستمتاع الخ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته فهي ارادة الوطي فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه واما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من الزنا قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل عن الزنا لا تحل وطيها حملا للحال على الصلاح اما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه واما العلة ههنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطي فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المبيعة ثم تعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشرا والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المبيعة على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فلا يقاس عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة وحق المراة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطيها لكونه اخته رضاعا او وراثها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا تجزي بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف تجزي بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق المسبب ولا يجب الاستبراء على الآبقة يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبرا لانهم ملكوها وقوله وحرم الدواعي لافضائها اليه اي الى الوطي كما اذا ظاهر من امراته فانه حرم وطيها وحرم دواعيها لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضا الدليل المذكور

المذكور في الكتاب وفي نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير رافع لان عدم التغير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفا الشرط يستلزم انتفا المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية من الاقتضا والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة توجد بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون الملحق دلالة حكم بدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقها فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها في اوان الحيض لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على ان الحبل لو كان يظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف الآن مشايخنا قالوا تبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر على ما ذكره في الكتاب وقيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين او ثلثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها لف ونشر يعني يشتريها ويقبضها اذا زوجها البايع او يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا لا عليه لاله والحيلة للاخشية بهذه الحيلة ان تزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبلها كان على المشتري الاستبرا اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في النكاح ولا عدة فيلزمه الاستبرا وقوله اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبرا لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطي والممكن من جزء العلة الاخرى وان تزوج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبرا لان استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب

قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبرا لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبرا الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبرا وغيره وهذه من غيره وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفي نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة على ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطا ايتهما شاء سوا كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما كان له ان يطا المقبلة دون الاخرى اما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي عليه السلام باطلاق قوله تع وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان يقول احلتهما آية يعني قوله او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تع وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين فالمحرم ولا يعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لا يقال يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح وقوله وكذا الكتابة كالاعتاق كلمة كذا زايدة وقوله في هذا اي في انه يحل وطي الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبرا جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة

وهذا لانه العتز بوطيها فجعل زوال الحل عنها كزواله بالتزويج فيحل له ان يطي الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل آه واضح
وعن عطا ان ابن عباس سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابرهيم خليل الله صلوا الرحمن كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان
بالابطح قيل له في هذه البلدة ابرهيم خليل الرحمن فقال ما ينبغي ان اركب في بلدة فيها ابرهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى
الى ابرهيم فسلم عليه ابرهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة
ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المص بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص
او جبة فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس ان
النبي عم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء
وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنيا يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون
نجواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام **فصل في البيع** اخر فصل البيع عن فصل الاكل
والشرب واللمس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم
قال ولا باس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع
بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امراة وقوله لما
من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط
العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة
يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز
ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر الراي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج
والدما الا يرى ان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عنده
او كان اكبر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رايه انه
لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يعجل لذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
كدرة في يد فقير لا يملك شيئا او كتاب بيد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك فح يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان
الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا الكلام مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها يعني ان الاتي بالجارية
اذا كان عبدا او امة وقال الاخر وهبتها منك فليس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسال عن ذلك لان المنافي
للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من راه في يده لا يحل له الشرا وقوله وان لم يكن
لبدائي لم يشترها القيام الحاجز بالرا المهملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امراة اخبرها ثقة تبناه على ان الواحد
اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام الاكبر اي المخبر له
واذا ظهر ذلك سهل تعليق الفروع عليه وقوله لان القاطع طاري فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
المنازع واعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه لم فيه يوجب
عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا
كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والتباع واضح **قال** واذا
باع المسلم خمرا كلامه واضح وروي عن محمد انه قال هذا اذا كان القضا والاقتضا بالتراضي فان كان بقضا القاضي
بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك لقضا وقوله ويكره الاحتكار افتعال من حكر اي حبس
والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلا وقوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله يتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة ويشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله ربي الحجر

الحجر لدفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحل لان الشرب قد يوجد بدون الحل
وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شا واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه
وذلك لان عند الوديعة فلا فرق ح بين صورة الوديعة والقرض فيجوز ان يجعل قوله ياخذ منه ما شا خارجا مخرج المشروط يعني وضعه
بشرط ان ياخذ منه ما شا واما اذا وضعه ولم يشترط شيا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيا **فصل** التعشير
جعل العواشر في المصحف وكتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد به نقط المصاحف
فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان
لا يتعلم شي من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يوخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمامونين عليها وقوله ذكرناه من
قبل يعني في فصل القراة من الصلوة وقوله ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا
بين المشايخ فمنهم من قال لا باس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود
والنصارى الا يرى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح
انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح **مسائل** ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية
ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها
انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا
كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت
ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر
النسخ وهو رواية القدوري وفي بعضها واجارة الاظار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان يواجره نقض
قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم
من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز الاجارة على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوع في
النوع الذي فيه بعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني فان كان في حجره
وقوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله
ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية راية الغلام غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه ابق قال في النهاية واما الداية بالدال فغلط
كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا باس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله
يريد به التداوي احتراز عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث قوله عم
تداووا عباد الله فان الله تع ما خلق دا الا وقد خلق له دوا الا السام والهرم والامر بالتوكل عند اكتساب الاسباب
ثم التوكل على الله دون الاسباب قال الله تع لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر
الاسلام وقوله الا ان لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفا بالمحرم حرام قيل ذا لم يعلم ان فيه شفا
اما اذا علم ان فيه شفا وليس له دوا اخر غيره يجوز الاستشفا به ومعنى قول ابن مسعود ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم
يحتمل ان عبد الله قال ذلك في دا عرف له دوا غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند
الحاجة فلا يكون الشفا بالحرام وانما يكون بالحلال **قال** ولا باس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا القضا
لا باس ان يعين له رزقا بطريق الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتدا التقليد لان النبي عم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له
اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا في انه عم من اي مال رزقه لم يكن يومئذ الدواوين
ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر فقيل انما رزقه من الفي وقيل من المال الذي اخذه من نصارى نجران ومن
الجزية التي اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة المراة يعني على قول محمد يجب ردحصة ما بقي من السنة

وعلى قول ابى يوسف لا يجب فاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند
محمد خلافا لابى يوسف وقوله ولا بأس ان تسافر الامة آه قيل هذا كان فى الابتداء اما الآن فكره ذلك لغلبة اهل الفسق وقوله
وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث
ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عم من احيا ارضا
ميتة فهى له وشروطه سنذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر بكمال غير مرة وحكمه ملك المحيى ما احياه قال الموات
ما لا ينتفع به من الاراضى شبه ما لا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء او ما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صار
سبخة بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله فما كان منها عاديا
ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضى الموات ولكن مراده ما قدم خرابه
كما ذكره فى الكتاب وقوله او كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضى المملوكة
اذا انقرض اهلها فهى كاللقطة وقوله واذا لم يعرف مالكه سمه قول محمد وقوله فيدار الحكم عليه اى على القرب مرجع حكمى
يفهم من قوله قريبا وقوله ثم من احياه واضح وقوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع يعتبره ان الشرع عام
على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عم من قاء او رعف فى صلوته فلينصرف والآخر كقوله عم
من قتل قتيلا فله سلبه اى للامام ان يأذن للغازى لهذا القول فكان ذلك منه عم اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عم
من احيى ارضا مواتا فهى له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك اى ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك وليس
فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عم ليس للمرء الا ما طابت نفسه امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول
ينزعها من الثانى آه ان المشايخ اختلفوا فى ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه
ابو القاسم احمد البلخى الى الاول قياسا على من جلس فى موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه
وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه لا يزول بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال
بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابى حنيفة فغير ظاهر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به
والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه
ملك سلب من قتله وقوله لعينها الطراقة لانه حين سكت عن الاول والثانى والثالث صار الرابع طريقا له فاذا احياه الرابع
فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال ويملكه الذمى بالاحياء المسلم والذمى فى تملك ما احيا سواء
لاستوائهم فى السبب والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم كما فى ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم
بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر ارضا يجوز ان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم موضع الاحجار
حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثانى اعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التحجر هو الاعلام فاذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين
اخذها ودفعها الى غيره والاصل فى ذلك ان المشايخ اختلفوا فى كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث
سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف اشار بقوله هو الاصح وقيل وثمرة الخلاف يظهر فيما اذا احيا انسان آخر قبل مضى
ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثانى ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن عمر ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين فيكون له
الحق فى ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الاصح ما ذكره فى الكتاب والجواب
عن استدلاله ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسناة هو ما يبنى للسيل لرد الماء وقوله وفى الآخر حريم
خبر البئر ورد الخبر وهو ما روى ان رسول الله عم قال من حفر مقدار ذراع فهو متحجر وقوله تحقق حاجتهم اليها حقيقة بعض
عند محمد او دلالة عند ابى يوسف وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ

الخ وقوله لا يجوز ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اى اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل حولها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعنى يكون فى كل جانب عشرة اذرع
نظا بر قوله عم من حفر بئرا فله فى حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح انه
من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كيلا يحفر لحريمه احد بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره
وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار اربعين ذراعا
من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله وله ما رويناه يريد به قوله من حفر بئرا فله مما حولها اربعون
ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن
والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب فى اتخاذ الآبار فى الفلوات هذا الطريق
فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تع وذروا البيع قيد بالبيع لما ان الغالب فى ذلك اليوم البيع و
كذلك قوله تع ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرج
على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف قال حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبى انه قال حريم البئر اربعون ذراعا
من ههنا وههنا لا يدخل عليه احد فى حريمه ولا فى مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد به قوله عم
من حفر بئرا لان كلمة من يفيد العموم اولى عنده اى عند ابى حنيفة من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يريد به حديث
الزهرى حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم
الاول بان معناه من حفر بئر العطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب بان عطنا
ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى
استحقاق الحريم لان عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففى موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل
فاتركه فى الناضح ايضا بحديث الزهرى لئلا يلزم التحكم قلت حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو
القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع هى المكسرة يعنى
ان يكون ست قبضات وهى ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة
بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر فى كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هى المكسرة
قال فمن اراد ان يحفر فى حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يضمنه اى يصلحه ويكبسه من باب الحجنى
زيد وكرمه فى كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر
الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد
الحديث يريد به ان رجلا غرس شجرة فى ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة فى جنب شجرة فشكا صاحب
الشجرة الاولى الى النبى عم فجعل له النبى عم من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره
شيخ الاسلام فى مبسوطه وقوله ومن كان له نهر فى ارض غيره ذكر فى شرح الطحاوى لو ان نهر الرجل مار ضاعلى شاطئ
النهر لآخر فتنازعا فى المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسناة لصاحب النهر
بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هى لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا
اراد رفعها اى هدمها كان لصاحب النهر منعه عن ذلك وقال ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وذكر فى كشف
الغوامض ان الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين اما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت
فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر فى النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبئر يعنى بجامع الا
فان استحقاق الحريم للحاجة وهى موجودة فى النهر كهى فى البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وله ان القياس

بآباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم آه وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في النهر جواب عما يقال هب انه على خلاف القياس فيلتحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى او المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر بمعنى التعليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما وقوله ولعدم استحقاقه آه من جهة ابي حنيفة وقوله اما صورة فلاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء الطين وقوله يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره دون القضاء في موضع الخلاف اي في مثل من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المسناة ملكه يقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساك الماء وهو واضح وقوله والمنع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحدهما عليه اي المسناة بتاويل الحريم

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقد فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وصفة النهر بالكسر والفتح خافته وانث ثلث في قوله عم الناس شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عم من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله عم شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز كمياه العيون والابار والانهار واما الكلاء وهو ما لا ساق له فاما ان نبت في ارض شخص او انبته فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل في ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج صاحب الارض او يأذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فاذا اوقد نارا في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوئها واما اذا ارادوا ان يأخذوا الجمر فليس له ذلك الا برضاه كان ذلك فحم او حطب قد احرقه الموقد فليس مما يثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله الا انه يثبت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عم الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تع هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق اجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تع هو الذي خلق لكم الاية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تع هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تع الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه المحكمات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكر في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان يأخذوا منه اي من الجدول الصغير على من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا يأخذ الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا باطلاق الحديث وقوله لان الماء

متى دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة اي بالكلية

فصل في كري الانهار

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكري امرا زائدا على النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات والسيحون وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المص بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيهما وقوله الا انه يخرج له اي للكري من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اي مؤنة من يطيقه المباشر الذي لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله ويقابله عوض يعني حصته من الشرب فلا يعارض به فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيتحمل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانبثاق يقال انبثق السيل عليه كذا اي خربه وشقه وقوله لا بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبي كما في الاول وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفة جواب عما يقال في ان كري النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفة وقوله ومؤنة اهل كري النهر المشترك ظ وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يخصون يعني فكانوا مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف

لما قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مشغولا باجراء مائه فيه او لم يكن اشجاره في طرفي النهر اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر او انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها تقضي له لاثباته بالحجة ملكا يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيهما اي في اختلاف المدعيين في الامور المذكورة نظيره اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد يوجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشرة قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب لكونه اضرارا بهم بمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يمكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا والآن في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يكون ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود اهل اسفل النهر امراء على اهل اعلاه حتى يرووا لان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمه طاعته فهو اميره وقوله والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الاجر والآجر موضعها لا يرفع وكل ذلك محدثة من يتخذه في ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت والجمع كوا بالمد وكوى مقصور وتستعار

بفلح الما الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها
فى اربعة اذرع منه من فم النهر وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التى فيها الكوة فى فم النهر فاراد
ان يؤخرها عن صفة النهر فيجعلها فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله ان يسفل كواه اى يجعلها اعمق مما كانت وبنى فى
ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله ومن نظر طريق مشترك يعنى من حيث انه يريد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب ويزيد
من المارة من ليس له حق فى المرور وقيد بقوله ساكنهما غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى
دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان لشريكه اجعل فى نصف الشهر ولكل نصفه فاذا كان فى حصتى سددت
ما بدا لى منها وانت فى حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالما فى القسمة الاولى مستدام
وفى الثانية فى بعض المدة وربما يفر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب
من الشهر تبعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به بط واذا كانت عارية فلكل ان يرجع متى شا وقوله
والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بنا على ان الورثة خلفا الميت فيقومون مقامه فى املاكه وفى حقوقه وعدم جواز بيعه وهبته
لا يستلزم عدم جواز ذلك الا يرى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث
وقوله بعينه احتراز عن الايصا ببيع الشرب كما نذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشى من العقود وسماه فى النكاح
صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليه رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه
اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء
اختلفوا فى كيفية قضا الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل فى ذلك ان يقال للمفتيين ان العلما لو اتفقوا على جواز بيع
الشرب بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول تتخذ حوضا ويجمع ذلك الما
فيه فى كل يوم ثم يبيع الما الذى جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المص ما ذكره فى الكتاب وقوله او مجرى ماء قال فى الصحاح
مجرت الارض اى ارسلت الما فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدى انما يكون اذا
سقى ارضه سقيا يسقى مثله فى العادة وكان ذلك فى نوبته وقيل ان كان جاره يقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن
اعتبارا بالحائط المائل

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب
لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحيا الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم
ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بالها حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب
بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية
فان قيل لما حرمت ابتدا والداعى المذكور موجود اجيب بان الشهادة بالخيرية لم يكن اذ ذاك واما التدريج فلانصارى
لئلا ينفر من الاسلام وسمى هذا الكتاب بها اى بالاشربة وهى جمع شراب لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان
حكمها الاشربة المحرمة اربعة الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلا واشتد والمراد بالاشتداد
صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعى وقوله فيما ذكرناه اشارة الى
النى من ما العنب وقوله غيره غيره اى واشتهر فى غير النى من ما العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء
والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعنى ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعى لا يثبت
الا بقطعى وكون نى ما العنب خمرا قطعى بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلما وادنى درجات الاختلاف
ايراث الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظنى وانما سمى يعنى غير النى خمرا التخمره اى لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته
جواب عن قولهم سمى خمرا لمخامرته العقل وان سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافى اختصاصه بالنى من ما العنب لجواز ان يكون
المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل فى الكوز

الكوز وان وجد فيه القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث
الثلثة ليست بثابتة عن رسول الله عم احدها قوله عم لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل والثانى من مس ذكره فليتوضا والثالث
كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله
والثانى يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعنى اذا اسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر وثبوت الحد اذ هو اللايق بمنصب
الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرايع لا لبيان الحقايق وقوله وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بالنى والاشتداد احتياطا يعنى فى الحد يؤخذ
بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اى انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائلا بحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب يعنى
قوله تع يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالة على ذلك فى الاشراف لشرح مشارق الانوار على
احسن ما يكون فليطلب ثمه وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جا عن النبى عم فى الخمر احاديث كلها يدل على حرمة الخمر وكل واحد
منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله هذا من خواص الخمر
يعنى دعا القليل الى الكثير قال فى المبسوط من طعام وشراب لذة فى الابتدا ولا يزيد على اللذة فى الانتها الا الخمر فان اللذة لشاربها
يزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعنى به ما روى ابن عباس قوله عم حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب
ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التخليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها
وقد اختلفوا فيها وقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خيف عليه الشرب واما اذا كان عند صالح فلا يباح
لانه تخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها يريد التداوى بالاحتقان وسقى الدواب والاقطار فى الاحليل وقوله الا ان
حكم القتل قد انتسخ يعنى بقوله عم لا يحل دم امرء مسلم باحدى معان ثلثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهرزاده
لم يذكر محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النى من
ماء العنب وهذا ليس بنى وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اى يسمى العصير الذاهب اقل
من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهى الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثه ونقيع التمر ونقيع
الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكان الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثه لانه
اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النى من ماء التمر اى
الرطب انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابى حنيفة وابى يوسف على ما سيجى وقوله فهو حرام
مكروه اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه
ما رويناه من قبل يعنى قوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتدا اذ كانت
الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ
معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وقريبا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه
رقيق ملذ مطرب اه وقوله غير ان عنده يعنى عند ابى حنيفة يجب قيمتها لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمى على ما عرف ان المسلم
ممنوع عن التصرف فى الحرام واورد رواية الجامع الصغير وهى قوله وما سوى ذلك من الاشربة اى ما سوى المذكور وهو الخمر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور فى الجامع الصغير لا يوجد فى غيره وقوله وقال
يعنى فى الجامع الصغير **قال** ولا باس بالخليطين الخليطان ما التمر والزبيب اذا خلطا فطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى
ان يغلى ويشتد والعجوة التمر الذى يغيب فيه الضرس لجودته وقوله محمول على الشدة وكان ذلك فى الابتدا يعنى ان النهى عن الجمع بين
التمر والزبيب كان فى الابتدا فى وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة فى امر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جايعا
بل يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل لا يحد هو قول الفقيه
ابى جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد

ان قوله عم الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة ليست متخذة مما هو اصل الخمر وفيه اشارة الى قوله نهر له النايم ومن ذهب بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور في النوادر وقوله اي لعلمائنا الثلثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا الا انه قيل فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها يدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لان يحيى بن معين طعن فيه ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط للاباحة عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المصنف وقوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبتات وقوله يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكره في الكتاب

فصل

ولا باس بالانتباذ في الدباء جوز اكثر اهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي جرار حمر او خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة بقوله عم نهيتكم عن ثلث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينتبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة يشتد في هذه الظروف اكثر مما يشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما الملقى في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عم نعم الادام الخل وهو يتناول الخل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح للصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ دون الاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا

وهذا اظ وما بعده الا المكابرة والله اعلم فان قيل مما تصنع بقوله عم لا ولكن اهرقها حين ساله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روى انه عم نهى عن ان تتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم قمعا لهم ان يحوموا حول الخمر كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم ويوضحه انه عم امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تع اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عم اليس كانوا يامرون وينهون ويطيعونهم قال نعم قال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال ودردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تاثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي قال شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا ما اوضح

فصل

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما للابقاء على جلة الذورق مكيال للشراب وهو عجمي قوله وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان محمدا اعلم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله في الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان يجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير الا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله يحل لانه اثر النار وهو ما لو طبخ عصير حتى ذهب ثلثه اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما لو برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله وبيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله والطريق فيه ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان

تمام التلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه ٣

ان الحل ٣

يكون من اهل الزكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل
بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل
صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه
بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة
وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا
اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تع واذا حللتم فاصطادوا
فان ادنى مرتبة الامر للاباحة وهو قوله تع وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه تدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه
استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله ع م لعدي بن حاتم على ما ذكر في
الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم
على المفضول **قال** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر
الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك بهما
معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والذئب لان من عادة
انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعلم ان يمسك للغير
والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالدب لمعنى الخساسة
وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي المخلب فان رواية القدوري تدل
على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تع وما
علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب
القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم تدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تع قل احل لكم الطيبات جواب عن
قوله يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح
شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم
والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تع ام حسب الذين اجترحوا السيئات
وانما قال في تاويل لانه في تاويل آخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التاديب
غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين
بلفظ مكلبين واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى
الاسد ومنه قوله ع م في دعائه اللهم سلط كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يو متعلق بقوله فيتناول
الكل بعمومه وقوله ولان آية تعلمه ترك ما هو مالوفه عادة فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش
كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح
واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار وقيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث
قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي ح في جنس المقادير نحو جنس الغرم وحد الماء
وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة وقوله ولانه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث لانه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تيقن امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا انه يمسك على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل ذكره
في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل انه يحل

يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل غير ما اولناه اولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك بان يكون جارحا
حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا
ورد وفيه اختلاف فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع اخذا بالمتيقن كما في قوله
ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما وفيه نظر
لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له
والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه
اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي
فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني انه ع م قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك واضح بهما اجيب بانه خبر واحد
لا يعارض قوله تع فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه يؤيده قوله ع م
في حديث فان اكل منه فلا تاكل فان امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بينا يعني ما ابتدا اراد ما ذكر انه يحل عنده
ما اصطاده ثالثا الى آخره وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل ان ابا ح
يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به والاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب بانا قيل وبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك
ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو ح اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا
باع شيئا من صيوده المعدودة والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله
ولو انه صقر فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده
لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وقوله بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل
بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بفعله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى
اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاؤه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان
ممسكا على نفسه **قال** واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل اذا ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان
تمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبحه حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحيوة خفية او جلية وان ذبح حل في قول اصحابنا
جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل
ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك فبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه
من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي ح وابي يو انه يؤكل وهو قول الشافعي
لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الغرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه
ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن
اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من
ثبوت اليد على المذبح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت
حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بذبح اي ليس بمحل للذبح فلم يثبت
يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان
عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا
لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل

وضع المسئلة فيما يكون الجرح فيه فوق ما يكون فى المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذى يكون فى
المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد فى حكم الميت والزايد على ذلك قد لا يسع للذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا اى ما ذكرنا من
اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا تحل بدون الذكوة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع
فى يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابى بكر الرازى
هذا قولهما اما عند ابى حنيفة فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية اى اعتبارا بها هذا الذى
ذكرنا لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة
والذى بقر اى شق الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير فصل وعند ابى يوسف لا بد من حيوة بينة وهى ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته
بالذبح وقال محمد لا بد من حيوة بينة وهو ان يكون بحيث فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه
الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم
ياخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع فى
يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد يعنى صيدا معينا فاخذ غيره حل يعنى ما دام فى وجه ارساله وقوله ولنا انه اى شرط
التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا
اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصايد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله
على ما بيناه يعنى فى اوايل كتاب الذبايح حيث قال يشترط عند الارسال والرمى وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده اى عند
الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اى بالنص وهو قوله عم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا
ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان فى الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثانى ما اشتركا فيه فى الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة
لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا فى شئ لكن الثانى اشتد اى حمل على الاول حتى اشتد على وفيه الاباحة
لان الثانى لم يشارك الاول فى شئ من الصيد وانما اثر فى الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا
الاخذ الى التبع **فصل** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسى الاصل فى هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوى دون الادنى
فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اى اغراه المجوسى حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه وتوقف
المحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء اجيب بان الجزاء فى المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما دونه وهو الدلالة فوق
الزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اى ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اى بالزجر
شبهة الحرمة فى الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فاولى ان لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم
وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعنى من حيث ان كل واحد غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان
دونه يعنى ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر
ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقذه اى جرحه جراحة الخنقة وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسلم
وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذى اخرجه من الصيدية
فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالزواجر فيحل بالذبح لا بجرح الكلب وجوابه انه تعذر رفعه تعذر
عفوه وقوله بجرح الكلب الاول يعنى انه لا يؤكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح فى المذبح لا بجرح
الكلب فجرح الكلب مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلبت الحرمة **فصل** لما فرغ من بيان حكم
الالة الحيوانية شرع فى بيان حكم الالة الجمادية والحس الصوت الخفى ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازه
فاصاب صيدا ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسه آدمى او بقرة او شاة لم يحل الظبى المصاب مثلا فى قولهم جميعا لانه ارسل

ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى آدمى عالما به فاصاب فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع حسه
صيد حل المصاب اى صيد كان المسموع حسه يعنى سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابى يوسف ان المسموع
حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الابدى لانه لا يثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف ساير السباع لان
اى الاصطياد يؤثر فى جلده وزفر خص منها اى من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان
والادمى سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما سواه كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فان قصد
بفعله الاصطياد وقع اصطيادا والاصطياد فعل مباح فى نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة لو لم يقبلها
كما اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبت
اباحة تناوله كغير السباع من البهايم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فيثبت ان فعله وقع اصطيادا
واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس يخرج له عن ذلك اذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره
وقوله وان تبين انه حس آدمى قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل حيوان متوحش
وعلى هذا فالداجن الذى ياوى البيوت اهلى والظبى الموثق اى المشدود بالوثاق بمنزلته اى بمنزلة آدمى لما بينا ان
الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا يخرج المسئلتان المذكورتان فى الكتاب
وقوله وفى اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا
بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمك لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا وظنه
آدميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين
هذه المسئلة وبين التى تقدمت وهى ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس آدمى او حيوان
اهلى لا يحل المصاب مع انه لم يقصد برميه الآدمى وفى هذه المسئلة قصد رمى الآدمى ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول
الحل او شمول عدمه او انعكاس الجواب فى المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمى فيما اذا اقترن ظنه
بانه صيد اولى او لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثمه او لم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل
هناك لذلك اجيب بان الفرق بما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا وبيانه ان فى المسئلة الاولى
اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا
الى فعله الذى توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل
الكل لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد
حقيقة فلما وجد الاصطياد حقيقة لم يعتبر بعد ذلك بظنه المخالف لفعله الذى هو اصطياد حقيقة والظن اذا وقع مخالفا
لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود الاصطياد وقوله على ما بيناه يعنى فى فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح
فى ظاهر الرواية آه وقوله فتحامل التحامل فى المشى ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت فى المشى وقوله حتى اصابه اكل قيل
اذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجده وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما سيجى لانه ظهر لموته
سببان احدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعى لا يؤكل لانه ظهر لموته سبب هو ما كان معه من
الرمى والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فصار صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا فلنا لما وجد فيه جرح غيره كان
القتل منه موهوما والموهوم فى هذا كالمحقق لقوله عم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عم صيدا فقال من اين لك
هذا قال كنت رميته بالامس وكنت فى طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقى وهو الرمح الصغير فقال
عليه لا ادرى لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله
ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان فى طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتبار

ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عليه وقوله
والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان راى فيه اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم
كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه فقعد عن طلبه غالبا وجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن
الرمي فان قيل ان كان ما روي عنه عم من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة فقوله عم لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما عرف
من قصة فانه عم قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام
عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قدمناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد
يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وسم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا يخلو عنها
فلا يجعل محرما ما اذا لم يتعد عن الطلب **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الما كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا
في الحال على ما سيأتي وقوله وكذا السقوط من علو وفي النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع
على الارض ابتدا اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما تقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع
من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي
في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك
وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي
الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا اي ما فعله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجرى على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق
يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكرناه في معناه وقوله كما اذا وقع اي
غير المائي في الما وقوله ما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة
يرمى بها وقوله اذا لم تخرق بالزا المعجمة خرق المعراض اي نفذ وبالرا المهملة خطا وقوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان
كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح والكلام
يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار
ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل هو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكوة بين اللبة واللحيين والدم قد
يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم **قال**
وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حيوته
بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان
كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكوة الاضطرار كقطع الراس
في ذكوة الاختيار والراس يؤكل في ذكوة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكوة الاضطرار ولنا قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت
ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة
يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حيوته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي لكونه حيا
حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الما وفيه حيوة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الما وقوله ابين بالذكوة
ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكوة يؤكل ولكن لا ذكوة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال
وقوعه ليس بذكوة لبقا الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذ الغرض ذلك والجرح يعتبر ذكوة اذا مات منه او يكون على وجه
لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجده وفيه من الحيوة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكوة بالنسبة
الى الصيد لكنه ليس بذكوة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لفقد الحيوة فيه فصح فان قيل فليكن ذكوة للمبان تبعا للاكثر اذا
مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاكل

والاصل المذكور في الكتاب ظ وقوله والاكثر مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج
من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عنه
ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد وقع الذكوة بقطع الاوداج نفسه وح لم يكن الجزء مبانا والباقي ظ وقوله ولا يؤكل
صيد المجوسي مبناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكوة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد **قال**
ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذاك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا
والاول على وجه فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيباه معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني
اولا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه
والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رمياه معا واصاباه معا
فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا لحالة الرمي فانه كان صيدا ارميهما
فيقع فعل كل واحد منهما ذكوة واصابت الرميتان معا فاستوتا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه
معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله
عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر الحل حالة
الارسال لان الاصابة بالمحل نتيجة ولهذا يعتبر التسمية حال الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق
بالثاني حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني
وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظ وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم
ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد امعن المص في بيانه ونشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا
اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات بيان لحكم الضمان
ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم
من ضمان الحكم وانما كان حكم صورة الجهالة وهي ان لا يدري ان الموت بايهما حصل كصورة العلم بذلك لان كل واحد
من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة بدخوله تحت
ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه
وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى آخره واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين
لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته
وحكمه مذكورة في الكتاب سنذكره شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة
جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن ارتهان
الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فبقوله تع فرهان مقبوضة وهو جمع رهن ككعاب في جمع عبد وبما
روي انه عم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول
وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفا فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب
وطرف الاستيفا لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة
جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بطريق الاولى لان الاستيفا هو المقصود والوجوب وسيلة اليه **قال** الرهن
ينعقد بالايجاب والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول
وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام

ضمان نقصان وجوهه

يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني
غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا
فالجواب في حكم الاباحة الى اخره يعني لا في حكم
الضمان م

غاب ح

خواهرزاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب
بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع وكالهبة والصدقة وفيه نظر
لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك
قوله والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جايزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار
شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن
غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين
فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف
الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك
كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الداين بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما
في قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف وهو المماثلة في اموال
الربوا فكذا هذا وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان المص جعل الرهان مصدرا وهو جمع والثاني انه يجوز ان يكون الامر
للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز او اللزوم وسلم ذلك
فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال
مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن
مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل منعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع
لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمالها في الحقيقة
في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث ان الدليل لالزام مالك حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك ان الله
تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال
هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المص قد اختاره واما لان
عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نم ان متروك الظاهر
بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروك الظاهر وهي عامة الدليل هذا ما سنح لي في هذا الموضع وقوله ولانه عقد تبرع
دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفي به بالتخلية يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله
لانه اي قبض الرهن موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض
هذا شانه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان
القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي
التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن
قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البايع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري
مضمونا على البايع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء قوله والاول اي وجه الظاهر
اصح لان الرهن لو ثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية بان تخلى الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة
اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا
للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين قال فاذا قبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في
الهبة ان المنصوص معتبر بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فجاز ذلك ودل

وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا

وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على راس النخيل دونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله مميزا احتراز عن المشاع
في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان
اللزوم او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال
الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله عم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلثا لصاحبه غنمه
اي زوايده وعليه غرمه اي عليه هلاكه فلا ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد
به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عم للمرتهن بعد نفق فرس الرهن عنده ذهب
حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا ايفاء المراد به ذهب حقك من الامساك او من المطالبة برهن آخر لان الاول شاهد
فلا فايدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه
فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي عم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون
الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عم ومثل ذلك ليس من القاعدة
المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي عم ولم يعلم ذلك وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه
معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن ما ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون
الرهن بما فيه حكى هذا التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم
اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين فاختلافهم
على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا
الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابرهيم وغيرهما وقال مالك وتفسير ذلك فيما نرى
ان يرهن الرجل بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن
لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله عليه غنمه وعليه غرمه
قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا ح وابا س ومحمدا الى ان ذلك في البيع
اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك
الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد
الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدايم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد
غلقا اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك
وهو كما ترى يدل على الحبس الدايم قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دل
وتابد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت
باثبات ما يوجبه فيثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدايم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ
على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدايم لانه المفهوم ولا مقتضي للعدول
عنه وليكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه
اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود
المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان يجحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن
لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين وعاجز عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل تخليصا للاكثر او للضجر

وليكون عاجزا عن الانتفاع

واستوفاه ثانيا ادى الى التكرار الاداء بالنسبة الى العدم

عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فيضم اليهما قوله واذا كان كذلك اى اذا ثبت ان الرهن يدل على
اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم
يسقط الدين وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قايما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اى الذى بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء
فان قيل فاجعل الهلاك كالرد فى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين تقريرا للاستيفاء الا يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم
فانه لا يتقرر استيفاء الثمن بل ينتقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم
ولا يمكن ذلك فى هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يودى الى الربوا وهو ان يستوفى رقبته لا يدا اجاب بقوله
ولا وجه الى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان
بالرهن استيفاء لكان اما بعين الدين او ببدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه
ولا الى الثانى لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جايز والاستبدال بهما غير جايز ووجهه الجواب انا نختار الاول وقوله وليس
من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة والمالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة اما
حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم
فى الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثانى ممنوع فانه من جنس الدين ماليه والاستيفاء يقع بها وقوله
وموجب العقد جواب عما قال الشافعى الرهن وثيقة بالدين والعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا فتحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما فى الحوالة
فانها توجب الدين فى ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار
بالموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالى وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجرة المعجلة
بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستاجر احق به من ساير الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد
فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء
الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده واما اختصاصه به دون الغرماء لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء
المنفعة وبعد الفسخ بقى الاختصاص فى حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل آه واضح **قال** ولا يصح الرهن الا بدين
مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عما يجب كالرهن بالدرك وهو ضمان عند استحقاق
المبيع لان حكمه اى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجىء الكلام وقوله
يدخل اى يشكل على هذا اللفظ اى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمون بانفسها كالمغصوب والمقبوض على
سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل
حال والثانى اما ان يكون بعين مضمون اولا والثانى غير صحيح كما فى الودايع والعوارى والمضاربات والشركات والاول اما ان يكون
بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل والقيمة
كالمبيع فى يد البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك وقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة
بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمه واجاب المص بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب
الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا يصح الكفالة به اى بالعين المضمون بنفسه وقوله لا يجب القيمة
الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا
بعد وجوب سببه جواب على اختيار بعض آخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فيصح الرهن
كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا يستلزم صحة الرهن فانها يصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى
دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد

٥١٤

انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان
يكون توضيحا من التخريجين اما على الاول فتقريره ويكون الموجب الاصلى فيها القيمة لا يبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه
فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلى لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة فى ذمته
ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثانى فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل
الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب الوجوب **قال** وهو مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى
بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يترادان الفضل
يعنى ان التراد انما يكون من الجانبين وقوله كما فى حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الفى درهم فى كيس وحقه الف فانه يصير ضامنا
قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة
ادى الى الشيوع او لعدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة فى حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار
الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجىء وقوله والمراد بالتراد فيما روى حال البيع يعنى توفيقا
بين حديثى على فانه روى عنه رض المرتهن امين فى الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن
يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زايدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل
فيما تقدم يعنى فى فصل الحبس من ادب القاضى وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن
وان كان للاستيفاء بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة من حيث انه استيفاء حقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار
الرهن فى زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه لانه
يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر
متيقن وهو تاخر حق المرتهن بخلاف الفصل الثانى وقوله لاطلاق يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة
له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعنى لا يكلف احضار الرهن
لانه اى الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار
الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط دين المرتهن
شىء فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله
كان الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشترى كما لو كان الرهن فى
يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكر ان ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف لاستيفاء
نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك وعليه اشار بقوله ثم اذا قبض الثمن يعنى ان باع الرهن
وقبض الثمن وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر
المرتهن بيعه آه فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شىء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطاء
حتى قضى القيمة على عاقلته فى ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن
العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا يكون القيمة ههنا كالثمن ثمه وهى ليست فى يد
المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمه اجاب بقوله وما صارت قيمته بفعله حتى ينتقل اليها الرهينة فيصير كالرهن فى يد
عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله وكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفى النهاية جعل قوله
وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا اى فى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين
حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يوديه الراهن من الدين

قوله

وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا **فصل** وان كان الرهن فى يده اذا كان الرهن بيد المرتهن
فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فلا اسقاط وكلامه
واضح وقوله فلو هلك اى الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكره فى الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين
ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده
من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق ويتقرر بالهلاك ليصير ورثته مستوفيا
بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك
اجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء
بعد الهلاك استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله
على وجه الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اى الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض و
الدين باقيا الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابرا عن الدين سقط
الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغى ان لا يبقى
مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال
الحبس باحتمال استحقاق المودى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشا عن دليل وقوله
ولو هلك فى يده يعنى اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه
انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به **فصل** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة فى العيال
للمساكنة لا للنفقة الا يرى ان المراة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذى لا يكون فى
نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن فان
ابى فالقاضى يامر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة وان هلك الرهن بعد
ذلك لا شئ على الراهن فى قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن والاصل المذكور فى الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه
لرده الى يد المرتهن كجعل الابق او رد جزء منه كمداواة الجرح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال فى شرح الطحاوى
لو اشترط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعنى بخلاف حق المرتهن فان حقه
يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين على ما يتعلق بالمالية فان قيل
لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان
وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق فى كل جزء من الارض يبطل الرهن لظهور
الشيوع فيه فكذا فى استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه اى وجوب العشر لا ينافى ملكه فى جميع
ما رهنه الا يرى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى
الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله
وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعنى من نحوه وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على
الاخر فان كان بغير امر القاضى فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضى وقد قيل انه يجد دا امر القاضى
بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شئ منهما بالاتفاق فيكون
الامر بذلك مترددا بين الاتفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهى فرع مسئلة الحجر لمذهبهما لانه يجوز ان القاضى
لا يلى على الحاضر وعندهما يلى عليه يعنى عند ابى حنيفة رحمه الله لما لم ينفذ حجر القاضى على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعندهما لو نفذ
عليه امر القاضى حال حضوره فيصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة **باب ما يجوز ارتهانه وما**

لا يجوز

فصل

فصل لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الفصل تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال
قال ولا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك
وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام
العقد لا شرط جوازه وقال الشافعى هو جائز ولم يذكر له فى الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم فى ضمن ذكر دليلنا على ما نظهر
ودليلنا موقوف على مقدمة هى ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير
متصور لان اليد يثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه
فوات حكمه وادرج المص دليل الشافعى بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير
كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز فى المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا و
تقرير الثانى ان موجب الرهن اى موجب حكمه يعنى لازمه يعنى هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان
مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه يعنى ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء
الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اى كل ما لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام
بالنظر الى المقصود فظ فانه لم يمكن من الاسترداد ربما يجحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه
لما اوجب القبض ابتداء اوجب بقاء لان الامان تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح وقد علمت ان حكم الرهن
عندنا ثبوت يد الاستيفاء وقد لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن والداعى
الى هذا التوجيه تلخيص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما احدهما يبتنى على حكم الرهن والثانى ان موجب الرهن فلو كان الموجب
مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضى اليه الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت انه لا بد من الحبس
لا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لانه لا بد من المهاياة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا
شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اى ولان الدوام يفوت فى المشاع تساوى
ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها فى الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره فى الكتاب وقوله ولا يجوز اى الرهن من شريكه على الوجهين جميعا
اما على الوجه الاول فلانه لا يفيد حكمه واما على الثانى فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع
ثم يتفاسخا فى البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل
وكلامه واضح **قال** ولا رهن ثمر على رؤس النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع ودليله
علته فان اصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه به
وبخلاف المتاع فى الدار يعنى اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها مال تابعة للدار بوجه لم تدخل
فى رهنها من غير ذكر فاثنى القبض الا يرى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما لو باع
النخل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فيدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعنى
بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان كون الباقى غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا او غير شائع
وان كان شائعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الاول شائع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه
من غير ذكر يعنى قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك فى الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن
بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق
المبيع وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشترى فيخاف المشترى ان يستحقه احد فياخذ من البائع رهنا بالثمن
لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع او لا وانما الكفالة بذلك

فهي جائزة و الفرق ما ذكره في الكتاب و ذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع
دركه اولا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا بقضي القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق
لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البائع او قضى القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج و التلقي من جهة المستحق قائم
اما اذا قضى القاضي ثبت العجز و انفسخ العقد و قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في
الكتاب و قوله لان الموعود يعني من الدين جعل الموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء و صاحب المال
يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في
الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود و الظاهر من حال المسلم
انجاز وعده و الدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره و قوله لانه مقبوض
بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين و للمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له
اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته و يجب على المقرض ايفاء ما وعده و هذا اذا ساوى قيمته
ما استقرضه و انما اطلق جريا على الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء
غير صحيح لان الواجب فيه القيمة و فيما نحن فيه الموعود كالجواب ان التساوي بين المقيس و المقيس عليه في جميع الوجوه ليس
بلازم و اعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة و اما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة و الموعود فباعتبار ان ضمان
الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره و ضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد
اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب و قوله فيضمنه اي فيضمن
المرتهن كما قبض رهنا عن الدين الموعود **قال** و يصح الرهن براس مال السلم قال زفر حكم الرهن الاستيفاء و هو واضح
و هذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا و باب الاستبدال فيها مسدود و قلنا هو
استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية و اما عين الرهن فهو امانة عنده كما
لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن و الاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح
الاستبدال في راس المال في الصرف و السلم لوجود المجانسة من حيث المالية و الجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا
التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية و على هذا تعذر تملك العين لكونه امانة
في الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى تملك العين ايضا و قوله لفوات القبض حقيقة و حكما اما حقيقة فظ و اما حكما فلان المرتهن
انما يصير قابضا بالهلاك و كان بعد التفرق و قوله يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه بالرفع يكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف
و قوله لانه بدله اي لان راس المال بدل المسلم فيه و بدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته و هذا
الذي ذكره جواب الاستحسان و في القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه و قد سقط و راس المال دين له واجب
بسبب آخر و هو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم او دنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير فانه
لا يكون رهنا بالدراهم و الجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم و قوله و لو هلك الرهن اي لو هلك الرهن
في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به و ان كان
محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه و هو راس المال و قوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك براس المال فعلى المرتهن و هو رب
السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه و ياخذ راس المال لان بقبض الرهن صارت مالية مضمونة بطعام السلم
و قد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم و لو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد
الاقالة لزمه رد المستوفى و استرداد راس المال فكذلك ههنا و هذا لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك
الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام و له على المسلم اليه دين

دين من جنس مالية الرهن و هو راس المال فوجب التقاص و لا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بانا لا نسلم ان ما لزم الراهن
ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم و انما جاء الشرع بتقديره تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها و لما جعلا
الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام
تقديرا فعند اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام
المسلم اليه لانه استوفى المسلم فيه و الاقالة متقررة لما مر آنفا انها لا تحتمل الفسخ و قوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله و قوله
و ادى ثمنه له اي يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد ههناك بمنزلة الرهن عند
المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته **فصل** و لا يجوز رهن الحر و المدبر كلامه
واضح قوله و قيام المانع في الباقين يعني حق الحرية و لهذا الوطاة بهذه التصرفات باطلة فاذا كانت مقارنة منعته و قوله
و لا يجوز بالكفالة بالنفس للمعنيين احدهما ما ذكره في الكتاب استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن و الثاني ان المكفول به غير مضمون
في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء و هما جاريان في القصاص في النفس و ما دونه و اما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان
البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء الارش من الرهن ممكن و لو صالح عنهما على عين ثم رهن
به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع و قوله و لا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب
الشفيع الشفعة و يقضي القاضي بذلك فيقول المشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة و قوله لو ضاع يعني الرهن لم يكن
مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا يرى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر المستاجر بتسليم الاجر
و قوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته و من قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا يرى ان البائع و المشتري
لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية و الاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن و وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن و لصيرورته
مضمونا و قوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر و قد هلك الرهن فانه يهلك بالاقل من قيمته و من قيمة الرهن و قوله ثم
تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية و وجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين
الثابت حقيقة و عن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان و تصادقهما
حجة في حقهما و الاستيفاء بدون الدين لا يتصور و قوله و كذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة
في مسئلة الصلح عن الانكار و المشايخ قالوا القياس تقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد و الخل و الشاة كذلك
و قوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن و قوله لما بينا
اشارة الى قوله و هذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه و يضمن الاب و الوصي للصغير قيمة الرهن
اذا كانت مثل الدين و ان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع و لهما الولاية على ذلك
و قوله و عند ابي يوسف لا يقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان و يصير للصغير الثمن على المشتري و قوله و اذا رهن
الاب متاع ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا و مرتهنا بالنسبة الى مال واحد و سواء كان يكون له دين على ابنه
الصغير فياخذ شيئا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه و مرتهنا لذاته و قوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة
على ذلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه و ذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى و لو رهن من عبده
و لا دين عليه لم يجز و ذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من
نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده و الوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده و هذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من
نفسه جائز و ان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب و هو واضح و الضمير
في قوله من ابنه الصغير و ابنه الكبير و عبده للوصي و قوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة و الدين سواء
رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي و قوله و اذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير و قوله و مات

الاب فيد اتفاق لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فلان يرجع
لمال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جايزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه
ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد
من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم
بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن تصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان
يجعل صاحب الدين متوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به
قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني
قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله ياخذه بدينه اي ياخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فضله عما
قبله وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له والله اعلم **قال** ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت
ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها
وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة وقالا يضمن
القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وانى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك
الرهن ضايع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على
الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي
جعل مكان الرهن قوله واستيفاء الجيد بالردي قال صاحب النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد
جايز لما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما يجوز به اي في بدل الصرف والسلم يؤدي ان الاصح ان يقال
واستيفاء الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه
فلا يحتاج الى الاستدلال بشيء اخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرة قيمة ابريق
هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيده وارى ان ما في النسخ حق ويعيد ما يرويه صاحب النهاية
فليتامل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والنوع
عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا
لطلبه ما يضره ولا الى المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن تعذر التضمين
وقوله وقيل وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة واما على الرواية
المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي يوسف وفي هذه مع ابي حنيفة وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك
المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف استوفى دينه من جنسها اي ان يكون عينها مقام ما له عليه من الدين والزيادة لا يمنع الاستيفاء
وقدم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل اخر فكان قابلا لرده بالضمان واخذ مثل حقه فينقض القبض ووجه
البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط
حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين
لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتداة اولى لانه وجد ههنا التمهين
الرضي بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمه وقوله ولو انكسر الابريق
كان الكلام فيما تقدم من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف
لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن للوجه
الى الاول لانه اي المرتهن تصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق

بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه
حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان
يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين اعتبارا بحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب
شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان بقي ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك
مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك
بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم يقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق
الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح لان
فكان التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من
وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من
جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظ كما اذا كانت قيمته مثل
وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت
قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي
الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودته وصياغته فيه عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون
رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان
الطاري منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء
جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين ووجه
قول ابي يوسف ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن
الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزايد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فتخص
المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة في
مسئلتنا كان مضمونا من حيث الوزن لان الغرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا
يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفصل امانة
وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه
ووجه قول ابي حنيفة ان الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف
جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها
عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها
ويعتبر خمسة اسداس الابريق مضمونا بالجودة وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر
وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن
مضمون والجودة امانة للمنافية لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة
الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة
بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك في هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين
ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن
على الفكاك كما لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل للنقصان مقدار الصياغة

كاينا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيا بعينه كلامه واضح وقوله لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط
انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غايبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء
يساوي عشر حبة او يعطي كفيلا غير ملي وليس كذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى
شيا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو
قال امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو
الحبس الدايم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن **فصل** وجه الفصل كون الرهن متعددا اولا
خفاء في تاخر التعدد عن الافراد قوله وصار كالمبيع في يد البايع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن
من اخذه حتى يودي باقي الثمن وان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة فصار خمسمائة
فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمي له ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله
الا يرى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض من الانتهاء
وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق
فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في
حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعدما نقد بعض الثمن ولم يمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى
الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما
ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يود ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه
ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيهما غير معلوم
بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفا ورهنهما بثلثة الاف احدهما بالف والآخر
بالفين ولم يتبين هذا من ذاك واذا اراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن
يقول هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة يفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة ههنا
يفضي الى المنازعة فلهذا امكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة
ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين وغيره ولا يكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين
الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما
اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي حنيفة رحمه الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع
حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون
العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يملك ان يكون مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شايعة ينقسم عليهما
للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحبس على الكمال فيمتنع الشيوع فيه
تحريا للجواز لكون القبض لا بد في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك شايعا مانعا عن الهبة دون
الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن
الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى
حقه انتهى مقصوده من الرهن وهي كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل
وجه من غير صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب
بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف ماليته

مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فيتبين ان القابض في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة
وادعاه آخر كذلك فهو على الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما اولا في يد واحد او في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه
من القبض دليل سبق عنده كما في الشرى وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو تفوق الدلالة وان لم يكن
في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة
الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ياخذ وجه ما ذكرنا في الكتاب والفرق بينه
وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه
لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المص الى هذا في الوجه
الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة اه وباقي كلامه واضح **باب الرهن يوضع على يد عدل**
لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل
والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل
الراهن ببيعه لكن يخالف المفرد ومسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع
الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين
وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك كانه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب
فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك
الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن
قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله ولنا ظ وقوله لانه نايب عنه في
حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نايب عن الراهن فهو نايب عن المرتهن في حق المالية والضمان
انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك
يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط لان الخصم ليس بقايل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة
وهو ظ ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امره وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للامر
وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على
يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث
امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به
لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره وهو
ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي
احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الدين والحال ان العدل
ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن
الى الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن
وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان
قايما في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن
ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل
باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى
المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك او احبسه بدينك يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه

دفع اليه على وجه الضمان **قال** واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح فقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى
المرتهن وقوله الا يرى انه اى ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اى عقد الرهن وقوله لانه اى عقد الوكالة
لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اى لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما
ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن
وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان
الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والوارث يجري فيما له اى لا فيما
عليه الا يرى ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر
على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول
ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال لا بل يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله
لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف من اوصافه اذ ان فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول
ذكر في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اى فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك
واحد اى يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه اذا الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا
في العقد او لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا
توى كان مال المرتهن بسبب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القاتل قيمته يعني
يكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه اى هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم
حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اى ليس
للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى الفاظ وضاير توضيحها
زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضاء اى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البايع اى العدل
وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اى على الراهن بشيء وقوله فاذا ثبت انه ملكه اى ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اى باداء
الثمن الى المرتهن وقوله فله اى فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اى بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اى انما ادى المشتري
الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اى بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له
اى لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء على المرتهن اى وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي
اداه اليه وقوله فرجع به اى فرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اى على القابض
وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل
على البيع اى الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد
فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل
حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم والقبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب
الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله
طعن ابي خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والعقود
بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اى الى الراهن
كانه وكيل منه اى كان المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك
بكل ذلك اى بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين
انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان

الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته
فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب
فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور
بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء
وقد تقدم فصار كانه انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله
بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند
الملك اليه ويتبين انه رهن انه ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق
بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على
الراهن للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك **باب التصرف في الرهن**
والجناية عليه وجنايته على غيره التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا
فاخره وضعا **قال** واذا باع الراهن الرهن اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم
يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز موقوف وقوله
فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه
وذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث
فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله
لما ذكر في الكتاب وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه ان شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان
رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه
ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اى لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة
وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن ولم يجزه المرتهن ثم
باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز
الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن تعلق بالثمن الا يرى انه قد رهن ليباع فايهما اجازه المرتهن وسلمه البيع
نفذ وياخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة باجازة
يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق
ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه وان كان
عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد
الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه فاذا آجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول
وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل لكن ليس عما
تعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له فيها حظ لم يصح تعيينه
وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه
معلوما **قال** فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان
او معسرا وللشافعي اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال وفي المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض والآبق او المغصوب فانهما يشترك للرهون في فوات يد

الملك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان بلع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف
صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب تملكه قبل الرهن
واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق
البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا
على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو المرتهن اولى فان قيل ليس
المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة اجيب بقوله وامتناع النفاذ
ومعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العقدين وليس ذلك
بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه
لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب
ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي ح واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال
وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق
بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظ وقوله الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق
المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يبدل بجنس حقه يقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد
وقوله نذكره يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما التكميلة يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه
نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا رواية عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن
في يد المرتهن وقوله والمرتهن يتعلق حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالية وباقي كلامه واضح
قال ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظ لانه يوجب حق
العتق وحقيقته لم يمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا
التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عندهما فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر انفا
وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله والواجب
على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجي
وقوله كانها هلكت بآفة سماوية يعني يكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك
قيل عليه النقصان انما هو تراجع السعر فانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت بحيث
لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط
قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها لم
تتفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب
وقوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف
يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله المنافاة بين
يدي العارية ويد الراهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن
بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده
اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات
القبض الموجب وهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح

في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله المنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما
ذكرنا من اعادة احدهما باذن الآخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية
والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن
اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما
الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو
المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية
القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كان من المرتهن او
من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الآخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية ثم لو
اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن فصل ومن استعار من غيره ثوبا ومن استعار ثوبا
ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق
وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استاذن ان يقضي دينا عليه بماله
فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الانفصال عن مانع لعدم
استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا
كالبائع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين
قوله لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة عن التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار
كما اذا اعار ثوبا واطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة بالمخالفة
لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر بقي الزيادة عليه لفوات الغرض فان الاحتباس بما
يتيسر اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر ونفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر
المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن
بالاقل وكلامه ظ وقوله ووجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب
ان كانت الاكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وسواء اوفى المستعير المعير فيما شرطه او
ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه
من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بيانه ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من العقار بنفسه وقوله
ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال في النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما ادى
بقدر القيمة لا ما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما
زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المص لانه وضع المسئلة فيما اذا
كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون
الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول
قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب
وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب
اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة
قرأت على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو
لان في لفظ كما تخلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله

انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير
واسترداد قيمة الرهن كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته
وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله لوجوه واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر يعني تسليم
الرهن الى المرتهن سعي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من
الضمان وهو صحيح ظ اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه فليس ثمه تحصيل مقصود الآمر فلا يكون رافعا لما
من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان ثمه الرد الى نايب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي
هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما
وبعده الى نايبه كذلك وهذا الذي اختاره المص هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير
يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة **فصل** وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه
واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على استقاطه بانزاده وبالمحترم هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد
بالجناية على النفس كما يوجب المال يعني ان يكون الجناية في النفس وما دونها خطأ او ما يوجب القصاص فهو معتبر
بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر
لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر
لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان واجبا له عليه وذلك بط ونوقض
بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها يوجب الضمان واجاب المص بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة
للقصاص فان المستحق لها دمه المولى اجنبي عنه يوضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة
للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين فيوجب
الضمان كما اذا حصلت على اجنبي لو فان قيل مالية محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار
وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما
يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله
فدفعا وفيه مح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قائلا ذكره بلفظ الدافع ولو توجيه
في صحبة او التغليب سماه دافعا وقوله ولان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه
مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء عليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله
وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان يقضي نصف دينه
او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن فهذا الراهن
نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى
النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدر بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن والمرتهن لان الاملاك
بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي **فصل** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف فنقصان
القيمة بتراجع بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب
بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزاد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله
لان المولى استحقه دليل قوله لانه دلت بدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل آخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا
لالف الدين بالماية التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي

تسعماية في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعماية بالهلاك والباقي ظ واعلم ان صور المسائل ههنا ثلث تراجع قيمة
الرهن من الف الى ماية مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته ماية بعد التراجع وضمان قيمته ماية وقتل عبد العبد المرهون
ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابح وابي س فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما
بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى
وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في ان الراهن يفتكهما
بالمائة ويسقط عنه التسعماية قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعماية ساقط عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك
المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله لحما ودما يعني صورة ومعنى اما
صورة فظ واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الآدمية دون المالية الا ترى
الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة
عن فتور رغبات الناس اه وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع
مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه
بين ان ياخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه ممنوع يعني بقولهم لا يغلق الرهن
ثلثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع
المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى ماية فقتله عبد قيمته
ماية فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة
الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية
الذي جاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع
ولا تكرار ثمه واذا قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت
القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني
واذا كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا
قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي
الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى
العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد
على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن
يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله
فان تشاحا بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء
ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره ولد جناية الرهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني
ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا
وقوله وان كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابح وما بعده هو الموعود بقوله
وسنبين القولين وما بعده واضح اه **فصل** هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب
ورهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر
بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عنده وانما يتخير الراهن
بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابح وابي س وعند محمد بين ان يفتكه

ناقصا وبين ان يجعله بالدين وبين ان يضمن قيمته كما في القلب اذا انكسر فوقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون
محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء وتصلح بقاء حتى ان من
اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن وتقاس ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء
فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل
الوصف فكذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او
كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم تتخلل وفي الاقسام الباقية ان
تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المص حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم تتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخللها او لا فيه
تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلف بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط
الدين لكن اعادتها ممكنة فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك اذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل
بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فلان ياخذ الرهن والدين
على حاله لان صفة الخمرية لا يعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا
بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له ويقع المقاصة ان يكون دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها
يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ
درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها
مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة
مثل الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكور في النهاية **فصل** ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في
الامهات تسري الى الاولاد واذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في
الام لا يتفرد من عليه بابطال حكمه لكونها حرة وسبية ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد كفالة الحرة فانها ما تسري الى
الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه
تفرد بالابطال باختيار الفداء واعلم قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة و
المنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظ واما في الغصب فلان
الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والتمر والصوف والولد للراهن
لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فثبت الاصل وضمان لازمان الملك وكونه رهنا فيسري الى الولد فان هلك
الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم يكن مقصودة لانها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ
لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم
وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبله هلك مجانا والبيع تقابله شيء اذا صار معقودا كولد المبيع فانه
يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا مقصودة بالفكاك فيحصه شيء من الدين بقدره لانه يقابله
الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به وقوله وصور المسائل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على
قيمتها يوم القبض والفكاك يخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرضنا وتابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها بالشرط وقوله
فما حلبت فان كله ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف
بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن **فصل** ويجوز الزيادة
في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا اخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا والزيادة على الدين
لا يجوز عند ابي ح وم خلافا لابي يوسف وقال زفر والشافعي لا يجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن

والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج المولى امته من رجل بالف ثم زوج امة اخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح
العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغري وغير ذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين
الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى زدت لك امة اخرى بذلك
المهر اما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من
الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح
وقوله والالتحاق باصل العقد افساد للجامع الذي ذكر ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالتحاق باصل
العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك اما انه
غير معقود عليه فظ واما انه ليس معقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن
محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله ويسمى هذه زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية
بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف يساوي الفا
فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد
ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد
قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت
لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام
قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت مع الام فصار كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة
ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة
ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولد لها معها **فصل** فان رهن عبدا يساوي الفا
كلامه واضح وقوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله
خلافا لزفر هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وقبله سواء ولهذا
كان مضمونا بعد الاستيفاء ولم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم
الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء اي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان
قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن فقد سقط
الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء
ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد
الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور فاما هو يعني نعذر
الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن تقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض
الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله
لانه اي لان كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في
يده قبل الرد وقوله لانه يعني الابراء فيهلك امانة ووجه ذلك كما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق
الاداء دون الاسقاط لانه يزول به اي بعقد الحوالة وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين
وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختار بعض المشايخ اختاره المص ومنهم من قال اذا كان
التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا

فاما اذا كان قبله هلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجب مختار للمص
ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذكرا وجوده بعد التصادق على
انتفائه فيكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك
لانه من ثمه الى ههنا نقوض على وجوب الاستحسان في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية
لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزائها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم
لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف
والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون
المحل حيوانا **قال** القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث
خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء المذكورة وقال صاحب
النهاية لا يخ اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخ اما ان كان به قصد القتل اولا فان
كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخ اما ان كان معه قصد التاديب والضرب ام لا
فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخ اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل
بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها وضعفه وركاكته ظاهران وقوله او ما اجري مجرى
السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله وقد نطق به
غير واحد من السنة منها ما قال عم في خطبته بعرفات الا ان دماؤكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري
هذا ومنها قوله عم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله
المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الاخرة والقصاص في الدنيا لقوله تع كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره
لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه يتقيد بوصف العمدية بقوله عم العمد قود اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية
اي بالعمدية تتكامل وقوله لا شرع لما دون ذلك اي لا شرعة للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته ان العمدية
تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية حجة اخرى تقريرها
القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظ وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لانه
يتحقق مدفعا للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يسعه ويلقي نفسه في التهلكة
فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تع كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك ان الله تع ذكر في
الخطأ الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم
الزيادة على النص بالرأي فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رض في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه
المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فاني يتماثلان
بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة
فيتعين فان قيل كيف صلح موجبا في الخطأ والغاية فيه مثل الغاية في العمد اجاب بقوله وفي الخطأ وجب
المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن القصاص فيه يهدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرم لا يجوز اهدار
دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتقيد بعدم قصد الولي بعد
اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل
هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وقد جاز اجيب بان في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض

وعورض بقوله عم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب
القصاص بمعنى الانتقام وليشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه
فكان بمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض
الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي
الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة في قتيل
واحد بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد
تضييع حكمة القصاص واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد
الاولياء فانه يتعذر الاستيفاء او ان يكون محل القصاص ناقصا بل يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا وامثال
ذلك قوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه
عمدا وعند الشافعي يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ لانها اكبر الذنب والذنب في العمد
اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول
الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح دليلا
ولا له لانهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب
ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيتها لعليتها كما مر فان قيل قد دل الدليل على عدم اعتبار
صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول الله عم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال
اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا
لا نم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر او العصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة الى قوله
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة
لكان المذكور بعضه وهو خلف باطل **قال** وشبه العمد عند ابي ح اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال
ابو ح شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرة
ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة
اذا لم يوال في الضربات فاذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض وقالا لا يسمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى
العمدية فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها
غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا يلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي ح قوله عم الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان بن بشير ووجه الاستدلال انه عم جعل قتيل
السوط والعصا مطلقا شبه العمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال الاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة
تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غيره من المقصود قتله وبالالات
على غيره يحصل القتل غالبا واذا تساويا فالقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذلك
اي موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي ح وقولهما الاثم لانه وهو قاصد في الضرب على ما مر من تفسيره والكفارة
لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على
العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل
بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصور يجب الدية على القاتل وقوله بقضية عمر يعني ما روي عنه انه قضى
بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله عم لانه مما لا يعرف بالرأي وقوله

فاحتج علينا ما اسلفناه قيل اراد قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث لكن المعهود من المص في مثله ان يقول ما رويناه الحق ان يقال انما قال اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول **قال** والخطأ على نوعين اما الخطأ
في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول
فان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ويجب في ثلث سنين بتقضية عمر ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين
لقوله عم رفع عن امتي الخطأ الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب من انواع
القتل فيما هو جناية قتل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده الا انه اظهر الخطأ من نفسه
وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرايض مستوفى بتاييد الله وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب
ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد ان يضرب
يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ وما اجري مجرى الخطأ مثل النايم ينقلب على رجل فيقتله لان النايم لا يوصف فعله بالعمد
ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله وقوله لان الشرع انزله قاتلا يعني في حق
الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة يجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق
به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه
اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه يعني الاثم الحاصل
بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فانه اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد
سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس
لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا يرى ان فقأ العين بالسكين
يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام القتل
وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة **قال** القصاص
واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد هذه ضابطة كلية معرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله
على التابيد احتراز عن المستامن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبني عليها القصاص
ولابد من صفة العمدية لما بينا من قوله عم العمد قود ومن ان الجناية يتكامل بها وفيه بحث من اوجه الاول ان العفو مندوب
اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور لان النهي ما يتصور منه ان يكون
للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله الثالثة انها منقوضة بمسلم قتله ابنه المسلم فانها موجودة
فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مسلما وجب القصاص ولا مساواة
بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني
ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي الى داره اصل لا عارض
وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه نقلت ما لا شبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن
الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تع كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما
فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله عم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه
وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص
بينهما فان قيل جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع منه كما بين المسلم
والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين
كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الآية ووجهه

ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع
وفايدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس روى ان قبيلتين من العرب تدعي
احدهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا يرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا
فانزل الله تع هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد
المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم
بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد بالعصمة وقد تساويا فيها على ما مر **قال** والمسلم والذمي فيه سواء
اختلف العلماء في ثبوت القصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو ح واصحابه الى ثبوته و
مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى ابو جحيفة قال سألت عليا هل عندكم من رسول الله عم سوى القرآن قال
والذي خلق الجنة وبرأ النسمة الا ان يعطى فهما في كتابه قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم
بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان
ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تع قاتلوهم حتى لا يكون فتنة اي فتنة الكفر
فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابرهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة
فرفع ذلك الى رسول الله عم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب حلا لا يجاري ورد بان مداره
على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني حديثه منكر روى عنه ربيعة ان النبي عم قتل مسلما بمعاهد
وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال
والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة
نظرا الى التكلف يعني عنده او الدار يعني عندنا فيثبت وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره
انا لا نم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تع قاتلوا الذين لا يومنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله
والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص
بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قتل المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص
وقوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من حديث علي وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه
ابو ح عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المص
بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه
وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر
على طريقة قوله تع آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر
بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي فيقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه
فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب
من وجهين احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل
قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرناه وقوله
ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد كما تقدم في اول الباب ولان كونه باعثا على الحراب لانه على
قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس محقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى
قوله عم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هنا
بالحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب وجرى عنه

بقوله لما بينا لان التقرير المذكور ليس بروي وانما هو تاويل فلم يقتل لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب
القصاص وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبار التفاوت آه يصلح بجميع ما خالفنا فيه الشافعي فصل ولا يقتل الرجل
بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معدل ظهر اثره في جنس الحكم
المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من
الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم قوله والقصاص
يستحقه المقتول جواب عما يقال الوارث يستحق افنائه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال ثم من المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى
عن هذا السؤال والجواب وقال مالك ان ذبحه تقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان
فيه توهم التاديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المص وهو باطلاقه حجة على مالك وطولب
بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله على الخلوص بخلاف القصاص
لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عم انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز ذلك
بلا تاكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث قصاصا على ابيه
يعني مثل ان يقتل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا
بالسيف وقال ش ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك وتمهل مثل تلك المدة
فان مات والا تجز رقبته وان كان بغير مشروع كان اسقاه الخمر حتى قتله او لاط بصبي فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص
على المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في الاصل والوصف اى الفعل والمقصود به ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف
وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب
بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار
وفخر الاسلام قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به للريح في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير وقوله
ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نم وجود المساواة فيما
ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى استيفاء
القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله
عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى فصل واذا قتل المكاتب عمدا ليس له وارث الا المولى اذا قتل
المكاتب عمدا فلا يخ اما ان يكون ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخ اما ان يكون له وارث غير المولى او لا فان كان الثاني
فللمولى القصاص عند ابي ح وابي يو وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه حام حول الدرء
بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين آه وسوى الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار
لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صار السبب واحدا والحكم واحد واما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث
غير المولى او اختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان يكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود
الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة اختلفوا في موته على نعت الحرية والرق فانه على قول علي وابن مسعود يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون
الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى بخلاف الاول لان المولى متعين فيهما
وان كان الثالث وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فهو واضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة اتفاقا لعدم
الفائدة في ذكره لان حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك
المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء لانه

لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اى الى النفس وهو تشفي الصدور فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح
ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرب الولد ضرب نفسه
فيجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اى لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية
لانه انظر في حق المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اى نفس المعتوه
وهذا اى الاستيفاء من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك قوله ان الوصي لا يملك
بالصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه وقوله وانه اى المال يجب بعقده اى بعقد الوصي فصل ومن قتل وله اولياء
صغار وكبار اذا كان في اولياء القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق
وان لم يكن فكذلك عند ابي ح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظ على ما ذكر ووجه ابي ح مبني على ثبوت التفرقة
بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي
الصغير مايوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد
كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء
فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط
القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمه متعدد فلا يلزم من سقوط البعض سقوط غيره
وقوله ومسئلة الموليين ممنوعة جواب عن قوله او كان بين الموليين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه
رجلان ثم قتل او قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد الموليين انما لم ينفرد
بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف
رجل وشطر علة وقوله ومن ضرب رجلا بمر آه واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بيناه اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان
كان فعلا مشروعا وقوله لهم اى لابي ح وم والشافعي لكن استدل الشافعي بالحديث واستدلا بالمعقول وقوله
والالة اى العصمة اى لا شك فيهما وقوله ومنه للتجليس الحلم الذي تجزيه وهما حلمان وقوله غير مرفوع لانه
يلزم على قوله التحريق وهو منهي عنه قال صلعم لا تعذبوا احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اومت اى اشارت
اليه اى الى كونه محمولا على السياسة اضافة الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين مرفوع على
الابتداء وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عند ابي ح انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد
وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون
على التابيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظ وقوله احد نوعي الخطأ يريد به الخطأ
في المقصد وقوله وكذا الدية منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تع ومن قتل مؤمنا خطأ
الآية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اى توالى روي ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض
الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله عم بالدية فوهبها ابنه حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح
وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والثاني وقوله يغسل ويصلى عليه
اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه كانه مات حتف انفه او مرض من غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلى عليه
لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله فلم يكن هذا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباغي واضح
فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضة [illegible]
القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اى اهدر وقوله والمعنى اى معنى الوجوب دفع الضرر
لان الواجب هو دفع الشر على اى وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله

لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا تجب
الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك
المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره فيعود على المكره فيقتله وقوله قاتل دون مالك اي لاجل مالك وقوله فكذا استردادا
في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء **باب القصاص فيما دون النفس** لما فرغ من بيان القصاص في النفس
اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش
لا تختلف بذلك ولا يرد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم يأخذه من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير
المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذه ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدار ما تعلق
شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه
يعني وهو بمقدار شجته وترك الصورة وان شاء اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما اثر عن الصحابة
روي ان هذا حدث في زمن عثمان فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك من الصحابة وقوله
لما تلونا اشارة الى قوله تع والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله
ولا قصاص في عظم الا في السن وهو اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق
بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اللحم ان قلعها ولا يقلع
لتعذر المماثلة فربما يفسد به لثته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله عم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن
فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم
من قال هو عظم وكانه وقع عند المص انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة
لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطا فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما
دون النفس وامكن القصاص وجعل عمدا روي ان الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة
فامر النبي عم واللطمة اذا اتت على النفس لا يوجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطا ووجب الارش وقوله ولا قصاص
بين الرجل والمراة الخ وقوله الا ان الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عنده ايضا والشافعي اخذ بقول ابن ابي ليلى
وسلكا في الناطقين سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء
في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة
وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد
الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا امكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان
التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا يثبت بذلك
كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لان المعقول منه
منع استيفاء الاكمل بالانقص دون الانقص فان الشلاء يقطع بالصحيحة وانتم يقطعون يد المراة بيد الرجل فالجواب
انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية الانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت
المالي مانعا مطلقا والسلك ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما سلك بها
مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون
باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقي ظ **قال**
ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش

الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي ان الواجب احد الشيئين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما
لفوات محله تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا فقد قررناه في الفرق بينه وبين قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة
الى اعادته وقوله وفي عكسه يخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه استوفى المشجوج مثل حقه
مشاجة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص
واخذ الارش والباقي ظاهر واضح **فصل** لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على
حدة اذا اصطلح القاتل واولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او
كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تع فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن
والضحاك ومجاهد وهو الموافق للام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البذل اي فمن اعطي وهو ولي القتيل مطالبة
بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء
فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل
اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود
فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله عم من قتل له قتيل
فاهله بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا اخذوا قال المص والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان
ليس للمولى العدول الى المال الا برضى القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظ وقوله بفتح مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره
يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين
حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة
وان الشافعي يقول النساء لا يستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين
في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من
المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لهما ان الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين
من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت
والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فحديث امراة اشيم الضبابي بكسر
الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان
وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت
الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها ويقضى منه ديونه وكان علي يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به قدوة و
ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة
الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطا وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل الى ثلث
سنين فكذا بعضه كالالف المؤجل الى ثلث سنين فان كل درهم منهما كذلك وقوله والواجب في اليد جواب اعتباره و
واضح **فصل** واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما
روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون
وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة متوافرة
ولم ينكر عليهم احد فحصل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان
الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكم الاحياء فانه لو لم يجب لانفتح العمد
عن ان يجمع عليه اشياء ويقتل فعلا ان لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان

لم يكن قياسًا على مجمع عليه لا يكون معتبرًا في الشرع وان كان ظاهرًا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله ع ان النفس بالنفس
والجواب انه قياس على ساير ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الى
وهو احيا حكم الاحيا وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة
بالعكس وحضر المقتولين قتل لجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب
وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو القياس يعني الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة
واحدًا الا انه عرف بالشرع يريد قضية عمر وللشافعي ان كل واحد منهم اي من اولياء القتلى قاتل قصاصًا بوصف الكمال لانه لا يتجزى
اصله الفصل الاول فان الجماعة يقتل بالواحد اتفاقًا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلًا للواحد كان
العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح
لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلًا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل
لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعًا او كملًا والاول بط لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف كل
كل منهم ان لا يقتل فلانًا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله ع الآدمي بنيان الرب ملعون
من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحيا وتحقيق الاحيا قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفى به ولا شيء لهم غير ذلك قوله ومن
وجب عليه القصاص ظ قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا
قطعا يدًا فلا قصاص اصلًا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والآخر من آخر وامراها حتى التقى السكينان
فالحكم ذلك لان كل واحد منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان اخذا سكينًا وامراها على يده حتى انقطعت قطعت
ايديهما اعتبارًا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما ان الجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلًا منهما قاطع بعض اليد سوا
كان المحل متحدًا الا انا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصًا
لانتفا المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد فاعلًا كملًا بخلاف النفس
فان الازهاق لا يتجزى وقد مر والباقي ظ وقوله وان قطع واحد يمين رجلين قيد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما ويسار الآخر
قطعت يداه لانتفاء شبهة المماثلة لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وسما فوتاه عليه لان المعتبر في حق كل واحد
ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لان
من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفا
فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي لحريته عنه واذا لم يكن المحل مشغولًا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت
في المحل لكونه مملوكًا وقوله ويرد حق الآخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر في الاستيفا موهومة عسى
ان يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غايب يقضي بالجميع له لذلك وقوله
لانه اوفى به حقًا مستحقًا يعني انه قضى بجميع طرفه حقًا مستحقًا عليه فيقضي للآخر بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد
لزمه القود واثباته قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سوا كان ماذونًا او محجورًا اما المحجور فظ واما الماذون فلانه ليس من
التجارة وقوله لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى على
العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله
والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانًا وخرق جلده سمي جرحًا وان قتله سمي قتلًا وان اصاب الكوز
وكسره سمي كسرًا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدًا وبالنسبة الى آخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد
باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان تعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى
ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلًا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة

بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطو بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرًا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا
نظرًا الى عدمه بالنسبة الى الثاني فصل ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل
خطا ثم قتله عمدًا القطع والقتل اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه ان كانا خطائين او عمدين او يكون القطع خطا
والقتل عمدًا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منها اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه
وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجهًا فان كانا من شخصين بفعل واحد منهما فوجب فعله
من القصاص واخذ الارش مطلقًا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد وايجاب
موجب الفعلين او اهدار احدهما مبني على اصل ذكره المص بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفا بموجب احدهما واجب
تتميمًا للاول ان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج
فيجعل الثاني متممًا للاول ويجعل الكل واحدًا الا ان لا يمكن الكل اما باختلاف الفعلين وصفًا او موجبًا او تخلل البرء
فيعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل فلا جمع اصلًا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون الفعل بعده ابتدا فلا بد من اعتبار كل
واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسًا فكذلك كما في الصورتين الاوليين ان تجانسا خطا جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفا
المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان تجانسا عمدًا فقد اختلف فيه قال ابو ح الولي بالخيار بين ان يقطع ثم
يقتل وبين ان يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله فان شا الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام
عند ابي ح وليس كذلك بل الخيار للمولى فعلى هذا يكون قوله فان شا الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس
الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما الاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة
في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الجز يقطع اضافة
السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الجاز واذا انقطع اضافة السراية صار كتخلل البرء ولا جمع فيه
بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير
اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطائين وتقريره ان ارش اليد انما يجب
عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب
بالجز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجز في حالة واحدة وهي حالة الجز وفي ذلك تكرار دية
اليد لان ضمان الكل يشملهما والتكرار فيهما غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل
وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجز في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا يجتمعان لان مبنى القصاص
المساواة وهي انما يتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة
بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطا فمبناه على التخفيف الا يرى ان
الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبًا قال ومن ضرب رجلًا مائة سوط فبرئ
ومن ضرب رجلًا تسعين سوطًا في مكان وعشرة في مكان فبرأ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية
واحدة لما ذكر في الكتاب وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة
لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي ح وعن ابي يو في مثله حكومة عدل وسماه
تفسيرها في كتاب فصل الشجاج وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحه وبقي لها اثر يجب
حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما يكون لبقا الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس لم
يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى انه لم يجرح في الابتدا او لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فلذلك
كما هو اصل ابي ح لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئًا كما لو ضربه ضربًا مولمًا ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف

ودليلهما يأتي قبل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه
عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو
عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه اما القطع والقتل اذا
اقتصر او سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث
منه حتى اذا قال لشخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار
كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا وله اي لابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة
قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية يتبين ان الواقع قتل
وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم
يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو
معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي
دارئة للقود فيجب الدية وقوله لانا ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه
نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال اسرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة
متنوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء احتراز عن قوله نوع من
القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما ازهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا
جواب عن قوله او القتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى وقد تبين ان هذا
القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح
واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وهو
في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في
موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية
فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما
اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده
ارش الشجة لا غير اذن اي اعلم بذلك اطلاقه لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع
غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة
واجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع
عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة ارضه يعني انه اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير
كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول القصاص مورث بالاتفاق فكيف
لم يتعلق به حق الورثة والثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين
ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز للموصى له الثلث والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال
والجواب عن الاول ان المص نفى تعلق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة
وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك
شرعا بقوله عم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق
الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث
لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولائه حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته

وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون
موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرناه عنه انفا والوصية
تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من
الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح في
حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ
ولا مانع عنه الا يرى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت امرأة يد رجل
فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا
لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما تبين ان موجبها
الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه
اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان
الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها عما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على
القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير
ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول
فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء
القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسة الاف دينار وهو معلوم فما بال لا
ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بد له
مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية
اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا
سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة ان تساويا وان لم
يتساويا رد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان
لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها
على اليد وما يحدث منها الخ وقوله ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر
مهر المثل وقوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق
جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام
فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد
شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو
كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا ارتياب فيه وليس اصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على انهما اوجباه

قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنا لايجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل
انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله وانما لايجب المال فى الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن فى
الحال وقوله وملك القصاص فى النفس ضرورى جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعنى لما كان ملك القصاص ضروريا
لثبوته مع المنافى وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا فى هذه الاحوال الثلث وهى استيفاء النفس بالقصاص والعفو والا
لا يصح التصرف فى القاتل بغيرها والقطع متصور اغيرها فيكون تصرفا فيه فى غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان
وقوله فاما قبل ذلك يعنى قبل التصرف بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعنى ملك القصاص لعدم الضرورة وهو
بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او ما عفا وما
سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعنى فلا يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة جواب
عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق
واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا تم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص فى
الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام اى القاضى اذا قطع يد السارق فمات من
ذلك فانه لا شئ عليه وقوله والمامور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدى ففعل فمات لا شئ على القاطع وقوله ضحى مجرى
العادة يعنى ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة ولانه مكلف فيهما اى فى المسائل بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا
تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما فى غير الامام من المسائل يعنى البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة
والواجبات لا يتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه
قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اى الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب
انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير ومعلم ضرب الصبى باذن الاب فمات وقاطع
يد حربى او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستاجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان
وههنا يجب اذا سرى واجيب بان فى الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو هلك
المالك دابته لم يجب عليه شئ فكذا الاذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له
فانه يتقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه وهو يوجب
الضمان واما الرابع فلان القتل مع السراية يصير قتلا من الابتداء او لو قتل ابتداء او وقع القتل قبل الاسلام فى مباح الدم
وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا فى الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة فى القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة ومن قتل وله
ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابى حنيفة وقالا لا يعيد وان كان
خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين لابيهما على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث
عندهما وليس لابى حنيفة تمسك بصحة العفو عن المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث
فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق
فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم
الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على ان طريقه الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفسه
قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب
مالا يكون للميت يقضى به ديونه وينفذ منه وصاياه ولابى حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء
كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل

اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله
بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اى الميت من اهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد
بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره
وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل مما لا شبهة فيه محال وقوله فان اقام القاتل البينة واضح وقوله الا
بحران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبى لانهما زعما ان القود
قد سقط وزعمهما معتبر فى حقهما فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا تتاتى فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما
القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور فى الكتاب اولا
هو ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر فى الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما
لو صدقاه ما ضمن القاتل للشاهدين ثلثى الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شئ
للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما
القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك وفى بعض النسخ ولكنه
يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شئ ولان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت
لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه ثلث الدية لزعمه ان القصاص
سقط بدعواهما على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد ان نصيبهما انقلب
مالا فصار متواليهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لى
ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قطع واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله
اذا كان عمدا قول المصنف احترز به عن الخطأ ثم قال وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح لانه اذا لم يكن كذلك
لا يجب القود عند ابى حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود
واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا
انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار
اليه بقوله اذا كان عمدا ثم على عبارة الجامع الصغير وهذا احترز عنه المصنف واذا اختلف شاهدا القتل
وقد تقدم فى الشهادات ان اختلاف الشاهدين فى الاموال يمنع عن الحكم بها ففى النفوس اولى وقوله
لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله فان شهدا انه
قتله واضح وقوله لانه يحمل اجمالهم فى الشهادة فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى ويوم يقوم الساعة يقسم
المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثانى بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو فى الحقيقة جواب
عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود فى قولهم لا ندرى باى شئ قتله اما صادقون او كاذبون
لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع
القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم
حملوا عليهم بانه فعل بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا جهة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاجمال
وجعل كذبهم هذا معفوا عن الله تعالى لما جاء فى الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فقال وعليهم كذبهم
لم يكونوا فسقة فيقبل شهادتهم وهو معنى قوله ولو اكذبهم ظاهر ما ورد باطلاقه اى بتجويز الكذب وقوله
وهذا فى معناه اى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه
ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت

الاختلاف بالشك يعنى اذا احتمل ان يكونوا عاملين وان احتملوا ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت
بالشك ويجب الدية فى ماله لان الاصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان
تكذيب المقر له المقر فى بعض ما اقر به لا يبطل اقراره فى الباقى فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له فى النصف صح الاقرار
فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلاً لكونه تفسيقاً له وفسق الشاهد يمنع القبول
بخلاف فسق المقر وقيد بقوله فى بعض ما اقر به لانه اذا كذبه فى كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له
بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحداً منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انا
قتلت وحدك وفى ذلك تكذيب الآخر فى الجميع وهو تكذيب لهما

باب اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلماً فارتد المرمى اليه والعياذ بالله
ثم وقع السهم فعلى الرامى الدية لورثة المرتد عند ابى ح وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد سقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن
لان من اخرج المتقوم عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئاً للغاصب عن الضمان
باسقاط حقه فصار به مبرئاً كما اذا ابرأه اى الرامى عن الجناية او حقه بعد الجرح اى انعقاد سببه وهو الرمى قبل ان
يصيبه السهم ولابى ح ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل
كالغصب فيعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمى بما اذا رمى صيداً ثم ارتد والعياذ بالله
ثم اصابه فان ردته بعد الرمى لا تحرم لان فعله ذكوة شرعاً وقد تم موجباً للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية
خطأ فكفر بعد الرمى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب بما قاله المص حتى جاز بعد الجرح قبل الموت
لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحاً لجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص
اجاب بقوله والفعل وان كان عمداً اى العمد يسقط بالشبهة يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجب الدية
اى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شئ عليه فى قولهم جميعاً وكذا اذا رمى حربياً فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمى ما انعقد
موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً على الراى واجب باة جزاصيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب
بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبداً فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند
ابى ح وهو قول ابى يس وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرمياً الى غير مرمى حتى لو كانت قيمته قبل الرمى الف درهم وبعده
ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال
الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع
السراية حتى لا يجب بعد العتق شئ من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقى مجرد الرمى وهو
جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك اى فضل ما بين قيمته مرمياً الى غير مرمى ولهما انه
يصير قاتلاً الى آخر ما فى الكتاب وهو ظ على مذهب ابى ح وابو يس يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلماً
فارتد والعياذ بالله قبل الاسلام حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمى وهو ان الرمى الجرح بالارتداد
من ان يكون معصوماً والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمتلف واما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه
ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يس يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب
عما ذكره محمد من صورة الجرح والقطع استشهاداً على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع
السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا تحقق للمتنازع فيه لان الرمى قبل الاصابة
ليس باتلاف شئ منه لعدم اثره فى المحل وانما يقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى
وزفر وان كان يخالفنا فى وجوب القيمة يعنى ويقول بالدية نظراً الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقى ظاهر

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجناية ظاهر المناسبة لان الدية احد موجبى الجناية
المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول
اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس كالعدة من وعد قال وفى شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه
الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه فى اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تع فتحرير رقبة مؤمنة
الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به
نص والمقادير تعرف بالتوقيف وقوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين احدهما بالنظر
الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقى منه شئ وشكله
محل الارتياب لانه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفى نيته ان يقول وعبده حر وكتمه لم يقبل لانه لا يكون الجزاء الا المذكور
لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعنى لو كان الغير مراداً لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت فى موضع
الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعنى فى اصول الفقه ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام
وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثانى بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما فى البطن
لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة فى الخطأ لما تلونا يعنى قوله تع ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة
وديته اى دية شبه العمد عند ابى ح وابى يس مائة من الابل ارباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر فى بعض نسخ الهداية قول ابى يس مع ابى ح وهو مخالف لرواية عامة
الكتب وقال محمد والشافعى ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها اولادها والخلفات
جمع خلفة وهى الحامل من النوق فقوله فى بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير فى كلها للثنية واستدلا بقوله عم الا
ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها فى بطونها اولادها ولان دية شبه العمد
اغلظ يعنى من دية الخطأ المحض فان الابل فيه يجب اخماساً وذلك اى كونه اغلظ فيما قلنا لا فيما قلتم اثلاثاً واثم بقوله
ارباعاً ولابى ح وابى يس قوله عم فى نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان اثبات منه عم هذا وليس فيه دلالة على
صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة فى صفة التغليظ فان عمر وزيداً وغيرهما قالوا
مثل ما قالا وقال على يجب اثلاثاً ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود مثل ما قلنا
ارباعاً والراى لا يدخل فى المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضاً لما روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى
وقوله ولا يثبت التغليظ الا فى الابل خاصة يعنى لا يزاد فى الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار
وقال سفيان الثورى والحسن بن صالح يغلظ فى النوعين الآخرين اى الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان
الابل فى دية الخطأ الى قيمة اسنان الابل فى شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان
الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ فى شبه العمد شرع فى الابل لزيادة جناية
وحدث منه ولم يوجد فى الخطأ وهذا المعنى موجود فى الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره فى الكتاب ان التغليظ
فى الابل ثبت توقيفاً فلا يثبت فى غيره لانه لا ينافى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاءه فى باب الغرم سواء ولا دلالة
لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا
من قبل يعنى فى اول باب الجنايات قال والدية فى الخطأ مائة من الابل اخماساً اخماساً قيل منصوب باضمار كان
ويجوز ان يكون حالاً من الضمير الذى فى قوله فى الخطأ وقد اجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا فى سنها فقال ابن مسعود
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة
وبه اخذنا نحن والشافعى لابن مسعود روى عن النبى عم انه قضى فى قتيل قتل خطأ اخماساً على نحو ما قال به ابن مسعود

وعن علي انه اوجب ارباعًا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة
والمقادير لا يعرف الا سماعًا لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطأ لان الخاطئ معذور وقوله وغيران عند الشافعي استيفاء
من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطاء
وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اي
الفضة اثنا عشر الفًا لما روى ابن عباس ان النبي عم قضى بذلك ولنا ان عمر روى عن النبي عم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة
آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل ذكر المص تاويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها ستة وقد كانت
الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي عم قضى بعشرة آلاف درهم
ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك يناقض والثاني ان وزن ستة زيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل
بذلك صحيحًا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله عم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة
وعلى هذا جاز ان يكون في اول عهده عم يوخذ من الدراهم وزن سبعة ايضًا ولا يناقض ح وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال
في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا شيئًا الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبًا وقوله ولا يثبت الدية الا من هذه
الانواع الثلثة عند ابح وقالا منها اي من هذه الانواع الثلثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم
الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهمًا وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة
كل حلة خمسون درهمًا قال المص كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء وهو المختار قاله في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل
وقال فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة وغيرها على قول ابح على ما هو المذكور
في كتاب الديات كما لو صالح على مائتي فرس على قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقوله لان عمر هكذا جعل على اهل
كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب
الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقرة مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة
وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابح ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء
مما وجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كما رويناها
وعددناها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط
اورد هذا شبهة على ما روي عن ابح من قوله ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة ووجه وروده ان محمدًا ذكر في المعاقل
انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من الفي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل
على ان الاوصاف الثلثة ايضًا من الاصول المقدرة عنده ايضًا وذكر الجواب على وجهين احدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف
ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما تراه آنفًا والثاني يرفعها بحمله رواية المعاقل على انها قولهما وحمل بعض مشايخنا
على ان في المسئلة عنه روايتين قوله ودية المراة على النصف من دية الرجل دية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد
هذا اللفظ موقوفًا على علي ومرفوعًا الى النبي عم والموقوف فيه مثله كالمرفوع اذ لا يدخل الراي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث
لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت
يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سواء فان زاد
على الثلث فح حالها فيه على النصف من حال الرجل وكذلك قال بعد هذا في قول المص اعتبارًا بها وبالثلث وما فوقه
الصواب ان يقال اعتبارًا بها وما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي
انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ياخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت
ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المص واحتجوا في ذلك بان النبي عم قال

قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة وقال قلت لسعيد بن المسيب ما يقول فيمن قطع اصبع امراة
قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون
من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها
قال اعرابي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل متثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت
فالمراد بها سنة رسول الله عم والحجة ما رويناه بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تع وللرجال عليهن
درجة ومنفعتها اقل لا تتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها
واجزائها اعتبارًا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي
يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو
كانت سنة الرسول عم لما خالفوها قوله ودية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم
كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تع لا يستوي اصحاب
النار واصحاب الجنة وبقوله تع افمن كان مؤمنًا كمن كان فاسقًا لا يستوون وبقوله عم المسلمون تتكافؤ دماؤهم
يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة والرق وبالانوثة تنقص الدية فبالكفر اولى وبانه
الرواة من آثار الكفر وبه تنقص الدية فيه [illegible] وجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما
لا يعارضان قوله تع وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن
الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية
فان المراة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في
الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس
اولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية [illegible] ذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله عم وابي بكر
وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي مشهور انه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة عن ابن عباس ان النبي عم ودى مشركًا
قتل بمائة من الابل فكان لنا من الظهور من المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس
ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها قوله وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعاده ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيد
لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوائل الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية يجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في الكل
حلة ومنه قوله عم في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه كل
ما لا ثاني له في البدن عضوًا كان او معنى مقصودًا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر
ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المراة والانثيين والرجلين و
ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو [illegible] كالاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك
كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالًا مقصودًا في الآدمي على الكمال يجب
الدية وقيد المنفعة والجمال والكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع
لسان الاخرس او آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب
القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالًا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما
اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لانه اتلاف النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيمًا للآدمي اصله
قضاء رسول الله عم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة والجمال

قايما بعضو واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قايما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قايما باربعة اعضاء
ففي كل واحد منهما ربع الدية وان كان قايما بعشرة ففي كل واحد منهما عشر الدية وان كان قايما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر
الدية وكلامه واضح وقوله قيل يقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف
يتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد
والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فان لم يمكنه اتيان حرف منها لزمه ما يجب
من الدية روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك
وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القول الاول وبه صحح شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر
الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره
اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على البتات ونكل ثبت بفواتها وقيل يعتبر فيه
الدلايل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب
علم انه يسمع وحكى الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة استري
عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة العين فان دمعت
عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب
بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه ما له رايحة كريهة فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان لكل واحدة منها
منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف
يتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون
الموت اولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت
به منفعة الجمال قالوا وحلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة
ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة عدل وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين الشاخصتين
اي المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيها كمال القيمة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات
الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله هو الاصح احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه
عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا
قيل وصورة حلقهما خطأ ان يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع
عنه مع الامكان واجيب بان النقصان عقوبة والعقوبة لا يثبت الا بالنص او دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى
المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس ايضا في معنى الروح فلا
يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا **قوله** في العينين الدية الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الانواع
كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المص يحتمل ان مراده الاهداب مجازا او لعله قال ذلك دفعا لتخطية من خطأ محمدا في اطلاق الاشفار
على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المص يحتمل ان
مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال
تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب
بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله
الاسنان والاضراس كلها سواء اخطر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها
سواء لان السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها
رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل
جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح
ان يقال الاسنان والاضراس سواء بعوده الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقط اسنانه كلها كان
عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى
الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وهو قوله لان المتعلق يعني
الذي يتعلق به وجوب كل الدية وهو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لا نم ان فوات الصورة ليس يتعلق وجوب
الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه
واجيب بان المقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة اما اذا كان فالجمال تابع الا يرى انه اذا قطع اليد الشلاء
يجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم يتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال تابعا ايضا لانه اذا
كان تابعا عند الانفراد فلا يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل
وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة قيل في تفسير قوله تع لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب
القامة وهي تزول بالحدوبة

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائل
ذكره في فصل على حدة قال الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم اولا
والثاني هو الخارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا والثاني
هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا والثاني هو الباضعة والاول اما ان يظهر الجلدة الرقيقة
الحائلة بين اللحم والعظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني
اما ان يقتصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر
على نقل العظم وتحويله من غير وصول الى الجلدة التي بين العظم والدماغ ام لا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة
ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا يبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على
ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء وجنب الآثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة
كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح وقوله ولان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة
والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الخارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر
قدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو
على غير رواية الاصل واما على رواية فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح
الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم لا دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع
الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل
الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا الاختلاف عبارة لا يعود
الى معنى يعني يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالآخر
فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن
وقوله وقد تحقق فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة
بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثلا ان كانت قيمته من
غير جراحة تبلغ الجراحة بلغ تسعة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجب عشر الدية لان قيمة الحر ديته
قال قاضي خان والفتوى على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة

من الموضحة فان كان مقدار ما ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان
ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث على فانه اعتبر حكومة العدل فى
الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد **فصل** لما كانت الاطراف دون الراس ولها حكم على حدة ذكرها
فى فصل على حدة فى اصابع اليد نصف الدية لان كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله عم فى كل اصبع عشر من الابل وقوله
على ما مر اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة اه وقوله ولا تبع للتبع يعنى واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا
للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرو فيه من الشارع شئ مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله
واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما فى آية السرقة وقوله وان قطع
الكف من المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعنى ان
الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش
مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالراى وهو لا يعارض
النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الراى ضرورى ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر
شرعا ولما كان الاعتبار عنده ابح لتعذر الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقى من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع
الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصل الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع فى ظاهر الرواية لان لها ارشا
مقدرا او ما بقى شئ من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله وفى الاصبع الزايدة حكومة عدل يعنى سواء قطع عمدا او خطأ
سواء كان للقاطع اصبع زايدة اولا واما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص لمن قطع ابهاما
وليس له ابهام ولان المساواة فى القيمة شرط جريان القصاص ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزايدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير
الزايدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما فى القيمة واما اذا كان له اصبع زايدة فلان المساواة فى القيمة يحتاج اليها فى القصاص
ولم يوجد لما قلنا ان الواجب فى قطع الزايدة حكومة عدل وهى تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتعين ثمه وقوله
لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان فى ذقن رجل شعرات معدودة وازالها رجل
ولم يثبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الآدمى بدليل انه لا يحل الانتفاع واجيب بان ازالة
جزء الآدمى انما توجب حكومة عدل اذا بقى من اثره ما يشينه كما فى قطع الاصبع الزايدة وازالة الشعرات تزينه لا يشينه فلا
توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اى الزايدة لما قلنا يريد قوله لانه جزء من يده فلان السن
جزء من فمه والسن الشاغية هى التى يخالف بنبتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامراة شغواء فانها وان كانت
زايدة ففى نقصان معنى وقوله والظاهر لا يصلح حجة للالزام وانما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة
لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد
تقدم من قبل فى قوله ويجزيه رضيع **فصل** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه فى هذا بيان ان الجزء قد يدخل فى الكل
قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعنى من حيث ان ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس فى الحاقه بالبهايم او من حيث ان العقل
ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى
لو نبت يعنى الشعر يسقط يعنى ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية ليس بمتعين اليه لكونه معلوما وقوله
وقد تعلقا يعنى ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل
الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقوله وجوابه ما ذكرناه قبل يعنى به قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة
جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعنى المشايخ هذا قول ابى يوسف على ما
قال فى النهاية ذكر ابى يوسف وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغى ان يذكر محمدا مكان ابى يوسف كما هو

هو فى الايضاح او لا يذكر حدا اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح جامع الصغير والذخيرة والمغنى وهذا الذى ذكره اذا كان خطأ
واما اذا كان عمدا يجب ارش الموضحة ووجه السمع والبصر عند ابى حنيفة وعندهما يجب القصاص فى الشجة والدية فى السمع والبصر
وقوله وجه الاول سوى ان ارش الموضحة لا يدخل فى الدية الوجه بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على ما بينا يعنى قوله لان بفوات
العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله وجه الثانى يعنى قوله وعن ابى يوسف ان السمع والكلام مبطن قيل يريد به الكلام النفسى بحيث
لا يرتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم
بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر وقوله وقالوا يعنى المشايخ اى قال المشايخ ينبغى ان يجب الدية فيهما اى فى العينين
والارش فى الموضحة وقالا فى الموضحة القصاص قالوا اى المشايخ وينبغى ان يجب الدية فى العينين وقوله كما فى الخلافية
اى فيما اذا شج رجلا موضحة فذهب عيناه قالا يجب فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية وقوله اى لا يبح ان الجراحة التى
يعمل قصاصا قد لا يكون سارية اذ ليس فى وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد
وهو الحركة القايمة اى الثابتة حالة الشج وكذا المحل اى محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر ونهاية الجناية
لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة فى البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما لكن رمى الى
رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثانى حصل من سراية الاولى وههنا
ليس كذلك فان السراية انما يكون بتعاقب الالام وهو انما يتحقق فى شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع
جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص الاولى دون الثانى فاباك
مستقلا لم يكن كذلك ووجهه ان القطع الثانى انما لم يورث الشبهة فى القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العينين بالمراد
بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عايد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال فى
النهاية فى قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا واما الصواب ما ذكره فى الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع الضمير الى
الفعل الثانى فاختل الكلام وقد ذكر المص فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثانى الى الثانى وقوله وقالا
وزفر تركيب غير جايز ولو قال وقالا فيها وزفر كان اصوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه انفا يريد قوله ومن شج رجلا
موضحة فذهب عيناه اه وقوله انه يجب القصاص فيهما اى فى الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر
من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما فى الاول دون الثانى لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على
راسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص
فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف ما لخلافية الاخيرة يعنى قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله الا يرى ان
الشجة بقيت موجبة فى نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابى حنيفة والقصاص فى الموضحة والارش فى العينين عندهما
وقوله فيما كلتا اى صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين ما بين اى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعنى لا
قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابى يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب
حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم وقوله فنبتت سن الاول
يعنى بغير اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستانى حولا اى يؤجل سنة بالاجماع وقال فى التتمة
حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله
المص لان الحول مشتمل على الفصول ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى انباته
ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا
لقوله عم فى الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع وقوله فاختلفا قبل السنة اى قال المضروب انما سقط
سنى بضربك وقال الضارب بسبب آخر وقوله ليكون التاجيل مفيدا يعنى ان التاجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم

ولا كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله بسنتين الوجهين اي وجه
قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش يعني كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا يسود
منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل
فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة وان كانت
مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه
لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يمكن فيه
نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا يكون لون الانسان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا
كانت بادية فصل ومن شج رجلا فالتحمت كلامه ظ وتعليل ايح وابي س هو الموعود وقيل هذا بقوله وبسنتين الوجهين
بعد هذا وقوله الا ان ابا ح يقول ان المنافع آه جواب عن قول ابي س فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب
ووجهه ان يحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة
الصحيحة او شبهة كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله
ومن ضرب رجلا فجرحه فبرأ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على اختلاف
قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي ح ووجوب ارش الالم عند ابي س ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله
لان الجناية من جنس واحد لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضح وقوله
لانه مال وجب بالقتل ابتداء يعني لا بعقد يجب بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة
الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله لا يسما الى زيادة يعني المعجل فانه زايد على المؤجل من حيث الوصف في
المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز
وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله عم لا يعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمده اي عمد كل واحد منهم وقوله
ولهذا يجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث
على اصله اي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما
مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا بما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص ينجبر عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله
اذ الاصل ذلك فصل في الجنين عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام واذا
ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب
عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المص معناه اي معنى قوله نصف
عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة
الاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك
فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان
يمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي عم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وروي او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر
روى الامام المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم الحال لا يخلو من انه مات بضربه او
لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل اعتقتك سائبة
فجاء زفر الى ابي س فسأله عنه فاجابه ابو س بمثل ما اجاب زفر فحاجه بمثل ما حاج السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة
من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا انفا و
يحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارح

الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية وقوله اذا كان خمسمائة
درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا
من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة
وقوله في ماله اي مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر مخاطب
من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها
بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله عم فقال عم لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها
ايدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عم اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب
قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على
العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الش رحمه وكلاهما غير صحيح لان المراد
ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو وبعيد
ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بعيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية
لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف
عشر الدية في ثلث سنين على ما يجيء في المعاقل ان شاء الله تع وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة بانه عبد او امة قيمته خمسمائة
للاطلاق كما روينا وهو قوله عم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر
والانثى واراد بالجنين تثنية الحي الوالدين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الوالدين
المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا ثم مات
اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حيوتهما او في
حال حيوة الام وموت الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب قوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض
عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك
وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة يثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس
فيما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب
انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب ضيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو
عدم وجوب الضمان فصل وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله وفي جنين الامة اذا كان ذكرا
ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله
ميتا على لونه وهيئته ولو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل
من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب
لانكاره الزيادة وان تعذر الوقف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان
يعني في الاصل الا يرى انه اذا قلع السن فنبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام
نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال
ابو س هذا غير ظاهر الرواية عن ابي س قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي ح وم وهو الظاهر من قول
ابي س وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم تتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وجه
فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا

بحالة التلف لا تبقى هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب
قيمته حيا ههنا بل يجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته
غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا يعني في جناية المملوك
والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك قوله وقد عرف في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعدا بها الى
غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا يرى انه لم يجب كل البدل والباقي ظ
لا يحتاج الى الشرح

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل
مباشرة ذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه **قال** ومن اخرج الى الطريق الاعظم
كنيفا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخ الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحايط ليبني عليه
والعرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا ابعد الناس شرا اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة
العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمذكور في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الا على قول محمد فان فيه خلافا
بين العلماء قال ابو ح لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن
الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن
ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي ح وقالا ليس لاحد ذلك
اما على قول محمد فظ لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث
يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه
فهو متعنت واما وجه قول ابي ح فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظ وقوله عم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان يضر من ضرك وهذا
الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع
على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخ الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة
الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي العامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل
على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا مسلمين او لم يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو الممر على العلو بيانا
لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما
على المحدث لا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة كالآلة وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما
ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها
وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة والاساس وفي الملك غيره كما في الرمي قيل ان كان
قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمهما والجواب ان الضمان يعتمد التلف
بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او
خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني علم بيقين انه قتيل الجراحة ولا نعلم انه باي الطرفين كان بالطرف
الداخل فلا ضمان وان كان الخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا وقيل المشتري ايضا
متعد بترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن
تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا بمسبب واستشكل بالحايط اذا تقدم
انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البايع وان كان جانيا بترك
النقض بعد التقدم اليه والجواب لا صيرورة صاحب الحايط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورته

مخرج الجناح يشغل هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجمر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت بشرر ما فاحرق
شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه
هو اختيار شمس الائمة السرخسي والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد امضى اليها اي الى عاقبته وهي
الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استاجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء
الدار اي فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به
على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح
ويرجع به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوه فسقط واتلف شيئا
قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان وان لم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس
لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن
الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه
يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر
بعد الفراغ ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من
اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل
وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه بقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب
والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار حق الملك
بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام
البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فتعقل اي نشبت وتعلق بالبناء
وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام
المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير جاهلا انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا يحفر له
بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء
لغيره فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة
ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد
بالراي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لم
يضمن ولو فعله بنفسه من غير امر احد ضمن وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن
وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس
للبيع وقوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام بحفره في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في
ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا حفره في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد او اذن له الامام واذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو انه يضمن
اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه
جوعا او غما او اختناقا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم
من تقديم قول ابي يوسف انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه الا يرى انه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فانه لا
ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر الوقوع لوجوب

الضمان وقوله وان استاجر اجراء فخرجوا ذلك في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انه
في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي
لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة بضرب الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى
ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا
الامر في صحته ظاهرا او كون المامور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير لان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر
لكونه مباشرا او كون الامر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع المغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما
غير متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح
التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال ان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق
بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا اصلا
والجواب ان ما اشار اليه المص في ذبح شاة غيره ان الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح
الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظ وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لا نطلاق
يده في التصرف فان قيل قوله ليس له فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس له
فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس له في ذلك التقديم وهذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة
ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح قوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد اما وضع الخشبة
لكونه تعديا ظ واما بنا القنطرة فلان الناس فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث
تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به
قوله فعطب به انسان فهو ضامن يشمل على وجهين وبما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في
الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو
قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال
الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين نير وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به
انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان فوت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المص نظر الى المعطوف
مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد
والجوالق ودروع الحرب في غير موضع وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى
وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله
باذن واحد من اهل المسجد وقوله بنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار
الاسكاف قال ابو الليث وبه ناخذ الان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المص اختار
قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير
اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان تكرر الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب
عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ كالطريق فان شرطها
ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا انتقصت انقلبت قذفا فاستوجب الحد وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل وان جلس في المسجد من العشيرة فعطب به فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة
فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها
ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال كان جالسا لقراءة القرآن او للتعلم اي يعلم الفقه والحديث او للصلاة

يعني منتظر لها او نام فيه في اثناء الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه الحديث قال المص فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض
اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق وللقائل
ان يقول في عبارة الكتاب تكرار فان قوله وان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشتمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في
غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المص بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر قال الله تع في بيوت اذن الله ان ترفع
ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال وقوله وانتم عاكفون في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلاة لان المسجد
موضع السجود الا يرى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب
موضعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف
وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضع الاصلي وملحق به والباقي واضح فصل

في الحائط المائل

لما كان الحائط المايل يناسب الجرص والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على
حدة وإذا مال الحائط الى طريق المسلمين اخذ الشافعي في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا
استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في
الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو الاكلة عند خوف
هلاك النفس وقوله وتحملها العاقلة قال محمد ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى
انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظ لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط اليه وهو ان يقول صاحب
الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا وقال ينبغي ان
تهدمه فذاك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امراة ان مال الى
طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية
التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد وقوله والشرط
هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء
كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتيل
بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت
ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ وصار كالتقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان
في ماله فان قيل اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضرر بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك
النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان يسقط وان سقط لا يهلك
شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عتق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون
ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فجعلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه منفك الحجر عنه في الكسب
بسبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى
وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم تكن على العبد دين فظ لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من
جهة الا يرى انه لو ادعى على انسان حقا في دار بيد ماذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما
اذا كان عليه دين فعند سماط وعند ابي ح للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا التقدم الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من
وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر
بنفسه وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوط بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا

جواب الاستحسان ووجهه ماذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئاً اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيداً واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فيعثر انسان بنقضه ومات ثم يعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده فكان حصول القتيل في الطريق مضافاً الى فعله كحصول بعض الجناح في الطريق ومن القى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلاً في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحاً وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصاب انساناً فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلاً او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله وله اي لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر اي يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا يرى انه لو اشهد عليهم جميعاً ثم سقط على انسان كان كل واحد منهم ضمن الدية فترك الاشهاد في حق البعض لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا يخرج مسئلة البئر فقالا لما اجتمع في حفره معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وان تعدد فلذلك صار الضمان بنصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله ولما اوطأت الدابة الصحيح لما وطئت وقيل يجوز ان يكون مفعولاً الايطاء محذوفاً وتقديره او طأت الدابة يدها او رجلها انساناً فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل من قوله لما اوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان يكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبه ملكاً كاملاً او مشتركاً متساوياً او متفاضلاً فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقاً لها او قائداً واما ان يكون راكباً عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها المتلف نفساً او مالاً لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعدياً ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت بيدها او رجلها وان كدمت ونفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في

في الوجوه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة ايضاً بالمتلف فكانهما وطياه جميعاً والمباشر ضامن متعدياً كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقاً او قائداً او راكبها او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كان في طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ مسبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان صاحبها ضمن ما اتلفت راكباً كان او سائقاً او قائداً الا النفحة بالرجل او الذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المص الراكب ضامن لما وطئت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت وصدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفاً وذكر الاصل الذي يبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل الذي يبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقاً والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملاً بالوجهين وبقية كلامه واضح وقوله والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب هو المباشرة والتقصير في الدابة بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانهما في ايديهم وتحت تصرفهم وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضرراً بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فلا يلحق به ووجهه انه اضر منه فلا انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي من قوله لما اصاب بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطئ فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لا حد فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله وقوله عم الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطئ مضمون بالاجماع وقوله وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه لا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياساً على الاكراه وانما قال بناء على اصل له وهو ان الدابة مضافة الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم الرجل جبار رواتي برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما تلفت بالوطئ فكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافاً اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل وتخلصه فانه من مظانه

فصل واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في آخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضاً يرجح جانبه بما ذكره من المعنى تعارض

جنا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منصوص بالواقع في البئر بمشيه
فيكون فاسدا او عن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل المذكورة في جهتها وذلك
لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره
فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له
من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالجر والمشي
جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كان جرين في العمد والخطأ ووجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل
واحد منهما وفي الخطأ الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطأ في وضع المسألة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي
قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط من العاقلة لان الدية او لا يثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون عنهما
موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية
يصير مهرا وتسقط على العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى
المستحق اولا وهو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره ولا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله قاصدا لحفظ هذه الاشياء
يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله
على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

فصل وان ربط بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد او لم يعلم فان كان الثاني وقد
وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة
كما في الخطأ ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في
عبارة المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة
على القائد والرابط الا ان العواقل يعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا
لان القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ا
ظ وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط
اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ومن
ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ويعني سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا بازيا وساقه فاصاب في فوره بان
قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم
لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه اي سوى طريق الميمنة والميسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فح لا
ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذه اي وقفة
الدابة ينافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف معطوف على قوله بخلاف ما
اذا وقفت لان حكمهما مخالف لحكم اصل المسألة وتبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين
وقوله على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله حكم الارسال وقوله قال محمد هي المنفلتة
اي العجماء التي اهدر النبي عم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان
تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان في حق الكلام
ان يقول من الارسال واشباهه او يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اخا للارسال كان
الارسال اخا ايضا والا يلزم جعل بعض اشباه التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل بشيء لانه ليس هنا مؤنث معنوي خولف فيه
بغيضه حتى يناقش على ذلك **فصل** شاة لقصاب فقئت عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع

يقع على المذكر والانثى وهي يؤنث وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب
فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرب والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان
واعتباره بالشاة عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله عم اوجب ذلك وروي عن عمر
انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله عم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك
في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى هذا اللحم دليل معقول
على ذلك وهو واضح وقوله اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير
فيلزم نقصان المالية وقوله لانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين
لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحد فيقتصر عليه
وقوله او نخسها يعني اذن الراكب والنخس هو الطعن وفي نخاس الدواب دلالة فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على
الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس ترك
بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود وقد اشار المص ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان لدفع الناخس لان فعل الراكب
قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك
ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه
الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجب
الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشايخ وهي لا يمكن التحرز عنها فالجواب انهما لا توجه على السائق
اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك
متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد في تسبيبه دليل آخر ونظيره لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس
من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا
اتلفت بالوطء لانه يجعل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة كما ليس
وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى
الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة
الى قوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء ويعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف
الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والياه اي الوطء مضاف الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان
ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي
الى النخسة وقوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس منه ولا من ضروراته وقوله
يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق ولا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سؤال تقريره
الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون
الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس
ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد
مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على الآمر
اما على الصبي فلان مثله بمنزلة المحمول على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت
منفلتة وفعلها جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي والباقي ظاهر

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان
احكام جناية المملوك وهو العبد واخر لانحطاط رتبته لان المالك العبد لايكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جناية عن باب
جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسايق والقايد وهم ملاك قال واذا جنى العبد جناية خطأ اعلم
ان التقييد بالخطأ ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدًا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد
وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لايجري بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون
النفس قوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيفاء فانه لايقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبين المجني عليه اعتبارًا
بجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستاني في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول
وهو لايجوز قوله وفايدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا
الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارًا للفداء قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة فعن
ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن
عمر مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد قوله فيجب في ذمته اي في
ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته تباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية
على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد
هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة قوله ولنا ان الاصل آه ظاهر قوله وفيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان
حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدنا حجة على
الآخر ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بين
الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المص ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لايتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة
للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لاتعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند
الى النص الذي لايعقل ابطاله ليس بقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على
المتلف يبطل ايضًا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد او الخطأ والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام في الخطأ والثاني غير النزاع
وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جناية على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على
المطلوب وقوله الا انه يخير استثناء من قوله والمولى عاقلته جوابًا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان يخير كما في ساير العواقل
ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في ساير كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على
وجه لايورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب
عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لايسقط عن عاقلته
ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب
ولما كان ينتقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في
الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك
لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله التخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا
في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الحر الجاني جواب عما ذكر ههنا مستشهدًا به كما ذكرنا
آنفًا ووجهه ان الواجب لايتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها يجب عن العبد على المولى ولا يسقط
بموت العبد قال فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية وكل
يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظ والتاجيل في الاعيان بط لان التاجيل شرع للتحصيل ترفيها

ترفيها وتحصيل الحاصل بط واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه وقيل كون الشيء
بدلا عن شيء لايستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لايتعلق به
حق الموصى له واذا صار مالا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء
لما وجب بمقابلة الجناية في النفس والعضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك فلما اختاره المولى
كان دينا في ذمته كساير الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كساير الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لايثبت الا
بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فرجح جانب الحلول لكونه فرع اصل حال موافقة من الاصل وفرعه وهذا الكلام حسن
وان لم يكن في لفظ المص ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لايفارق الفرع الاصل الا بامر ضروري فان الاصل عند المحصلين
عبارة عن حالة مستمرة لايتغير الا بامر ضروري والمسائل المذكورة تغيرت بذلك فان القصاص غير صالح لحق الموصى له
بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرًا شرعًا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس امر
ضروري يمنعه من الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لايقال قد يتضرر بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره
على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع آه وان مات اي العبد الجاني
بعدما اختار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين
فان الحانث مخير وان عين احدها قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم
وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به قوله لان تعلق الاولى اي الجناية
الاولى برقبته لايمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني
به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لايتعلق ساير الديون
بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن مستوفيا فلا
فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان
يقسم على قدر المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية وقوله على هذا احكام الشجات يعني لو
شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسا والى صاحب
الهاشمة ثلثه لان له عشرًا والى صاحب المنقلة نصفه لان له خمسة عشر فيقسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجنايات المختلفة
يعني فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب
عما يقال الحق وان كان متحدًا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجبان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى
ووجهه انا لانم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول آه لايقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما
وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه
واعتبار الاصل اولى قال فان اعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية
العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارًا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارًا للفداء لكن يضمن
الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا يخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده
وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان
الغايب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لايصير مختارًا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم
على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغايب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارًا للدية مع تمكنه من
الدفع وقوله واطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها آه وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى
العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونه وقوله وكذا المعنى لايختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك بخلاف

ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه
وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مخيرا في البيع
والبايع شرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا
للفداء واجيب بان ثمة ضرورة لم يتحقق ههنا وبيانه انه لو لم يجعل مخيرا او فاسخا هنالك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير
تعذر الفسخ في الاول وبتقرر الاجارة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف في
ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت
بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختيار
الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي
الدم ان ياخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان النقصان حصل بآفة سماوية وقوله وكذا اذا كانت
بكرا فوطئها يعني يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزء منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير مختارا
للفداء لانه لا يعجزه عن البيع وعلل المص بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة
عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى
حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها وذلك لان العيب حقيقة يثبت به اختيار
الفداء لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطء الثيب فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن
معلقا في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا
على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع ووقع
الوطء حراما لانه اذا اجاز العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوايدها فيتبين ان الوطء حصل
في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من
زوايدها فلا يتبين ان الوطء كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون
مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة
والرهن في الاظهر لان الاجارة تنتقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن
من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله في
الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع و
قوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع
من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله
ان يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا ومن علق عتق عبده بجناية يوجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا
او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند الحكم
ليس شيء منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب قوله ولنا
ولانه حرضه دليل لكونه معناه ان المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي
اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذه دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل
ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند
التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما ظاهرا او انما قلنا بجناية توجب

الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي
الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق اما اذا لم يعتقه وسرى تبين ان
الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح
لسقوط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين
ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع
عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امراته ثم وطئها
في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل
على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة بهذا الصلح الا بجعله صلحا
عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي
بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا الولي نص
على ذلك ارضى به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام ذكر
في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية
وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه
رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة
الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو
لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم
يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة
المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب
واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر هنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان
جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان يجب
الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على
القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان
الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا او يبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد ذلك ان بطل العفو
بالسراية حكما بقي موجودا حقيقة وذلك كاف في منع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على المال
فاذا لم يمنع الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وقوله لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده آه وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش ودون
الالف حينئذ واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة
على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه
ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما
به والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب
الجناية وانما بدانا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ولو
بدانا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه يتجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان

البيع بالدين بعده واجبا اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفدا بالدين فان الناس في الاعيان اغراضا
وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزا فان كان مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شي صرف الى
اوليا الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تاخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة
بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليا
وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله بخلاف
ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع
الملك مرجوحا فاك واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها
بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها يتعلق برقبتها استيفاء
حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى
الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع والفدا وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى
ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى
الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله فالسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بنا على
ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول متحوله واعترض
بوجهين احدهما لا نم ان دين الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لا ضمن كما لو قتل
مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش اذا استحقت بجناية جني بها
عليها جان ودفعه اليهما بطريق الاولى لان ولدها جزؤها وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان
اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته
ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا يوجب عليه ايفا الديون لا ضمان قيمة
العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة من المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان
يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف
هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم
وعلى الثاني بان الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض
قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا الجزء بالكل بخلاف الولد
فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب
الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابرأ العبد يعني من كل الدية لا من قسط
فيها وابرأ المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفدا ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه
ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على احد العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى شي ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا
اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت خطاك خطا وانا عبد وقال الآخر بل قتلته وانت
حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد
معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فدا واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في
اقراره والمقر منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود
اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول
قوله مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة

المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله لا الجماع او الغلة ان يقول لها جامعتك وانت
امتي او اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني اذا كان اقر باخذ شي منها بعينه والمأخوذ
قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد على اصل المذكور والجواب عن تخلف الشي القائم
بعينه بانه اقر بيده اي بيد المأخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر
بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرأ به فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية
للضمان لانه يضمن يدها ولو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر
وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل منهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان
بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك برائته عن ضمان
العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء
على ان جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا لان موجب
العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب
القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقأ العين بالعور لا قصاص فيه فلا يستقيم للاصل المذكور واجيب بان المراد
فقأ ذهب به نورها ولم ينخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس يتعلق فيما نحن فيه
من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا للمسئلة لنوع صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال
له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند
اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والحاصل ان هذه المسائل على ثلثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها
وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلف وهو ما استهلكه بلهما او قطع يدها
وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر ان من اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع الا بحجة فالوجه الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق
والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظ وقوله على ما بينا من قبل
اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة
الضمان باعطاء الاقل من الفدا او قيمة العبد لانه انما اتلف بامره ما هو الاقل منهما فصل واذا قتل العبد رجلين عمدا الكلام
واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا ان ما اتفقوا عليه بان قسمة العين
اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم المتضايق في الذمة حينئذ فيثبت
حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي
ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة
بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة يضيق على الحقين على
الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة تلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد لان ولي حق العمد
كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر
واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما
بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين وللامام ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف و القسمة

في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته
لرجل عليه ثلاثة آلاف درهم الفان لرجل والف لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة
ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله
واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فعفا احدهما فسره المص بقوله اي قريبا لهما قال الله تع واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل
ان يراد به عبدا لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند ابي ح وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى
شريكك او افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي ح والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف وم ان الحق اوجب
لكل واحد من المولين في نصف القصاص شايعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية
والمولى من دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير
انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو
نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي ح ان نصيب العافي قد سقط ونصيب
الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا
لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع **فصل** لما فرغ من بيان
احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد
على عشرة آلاف درهم بان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها
على الدية قضي لها بخمسة آلاف الا عشرة عند ابي ح وم وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف آخرا وهو قول الشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة
فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه
ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكان الغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظ وهذا لانه يرجح لجانب
المالية على الآدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال ولابي ح وم قوله تع ودية
مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تع اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية
ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع
واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب
بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن
قولهما كالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة
وقوله باثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم
والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا في قتل العبد
قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روي
عن غيره ذلك بل فيه قياس ساير الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة
المسموع من رسول الله عم وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف
ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب
القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الا ان
قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني [illegible]

في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي ح وم
قوله تع ودية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب امة الخ **فصل** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسئلة ظاهرة وكذا الحجج
المذاهب وقوله في الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص
قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يستوفي لا على اصل الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات
المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه
لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيل الا الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت
وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد
الموصى به بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة
اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي
الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق و
الحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك
علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن بيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البذل
والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون بالشبهات والاموال
ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهما مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي
لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة
للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص
ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل
بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش
اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا تبين ان الجناية قتل لا قطع ولهما
انا تيقنا ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له هو المولى والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت
الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة
الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا يعتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها
بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين مغاير لملك النكاح لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا
وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله
ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه
من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت
لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه
بطريق الخلافة عنه اذ الفرض ان لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا الكلام اي صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى
ثم مات لا يزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق
السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق قاطع بالاتفاق
سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والله اعلم **فصل** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم
شجا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على [illegible]

العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض العتور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما
فمات احدهما او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فيهما مملوكين في حق الشجة
فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في
احدهما انشا من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشا من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشا فلو مات
احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشا من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشا العتق والعبد بعد الشجة
محل للبيان فاعتبر انشا في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا
قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان
الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظ وان كانت وكل واحد منهما يجب دية في حال فتقسم
ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا
وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني
فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا
فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كانه غير نازل في المنكر
ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ذلك للمولى او للورثة
وقيل هذا والاول سوا النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه
فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني
لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المص فيما اذا كان قتلهما معا سوا كان القاتل واحدا او اثنين وقوله
ولان القياس معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشا ووجهه ان القياس الى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة
العتق من اهلية الولاية للقضا والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وابتنائه ولانه العقل
من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف
لان ان حلتها حل سيئا فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس فصل ومن فقا عيني مملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة
الجثة العميا وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقا احدى عينيه
ونحن نقول بان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده معتبر اعني
ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف بانها اولى باعتبار المالية فيها لانه
تسلك بها مسلك الاموال واذا كان معتبرا في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات
الذات فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة
فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي بملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر
لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد
تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال
ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شا امسك
العبد الخ وبين المطالبة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شا المالك دفع الثوب اليه وضمنه
قيمته وان شا امسك الثوب وضمنه النقصان ولابي حنيفة ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف
ايضا الا ترى ان عبدا الخ وهو واضح وقوله ثم من احكام الاول اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كما يدل
النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازا الفائت لا غير كما في فقا عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية

الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الجز او الجثة ويملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازا الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان ياخذ كل
بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغا لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قاله
الشافعي الغا لجانب المالية اصلا حيث جعله كالحر في فقء عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شا المولى دفع عبده واخذ
قيمته نظرا الى المالية اصلا حيث جعله كالحر في فقء العين وان شا امسكه ولا شي له ان نظرا الى الآدمية فصل في جناية المدبر وام الولد
لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو الكامل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم
المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ
بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تاخر ذكرها عن ذكر المدبر قال واذا جنى المدبر
وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالا لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر
على مولاه وكان امير ابان الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه احد فحل محل الاجماع ولانه
صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من
المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون ما يخص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته
لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم
زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطا ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطا فعلى مولاه الف درهم لانه
جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذا لولي القتيل الاولى
خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك
القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى وبين ولي الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل
الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف
والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة الاف لانه ما وصل
اليه شي من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار الماخوذ فلا تضرب به وكذلك الاوسط
لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شي عليه اي على المولى لانه
ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شي وقوله وان دفع قيمته بغير قضا فالولي بالخيار
اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شا اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفي
منه زيادة على مقدار حقه وان شا اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شي على المولى لانه ليس بجان في الدفع
لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضا لانه فعل بنفسه
عين ما يامره القاضي به لو رفع اليه فيكون القضا وغير القضا فيه سوا كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع
والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى
فقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها
فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لا لابطاله اي لا لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية ولذلك
لا يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق اوليا الجنايتين سوا فيجعل كان الدفع كان بعد
وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضا كان للآخر الخيار وكذلك ههنا وقوله عملا
بالشبهين يعني لما علقنا بشبه التاخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقهما وجب ان يعمل بشبه المقارنة

في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به
حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والمتأخر وقوله واذا اعتق المولى
المدبر الخ واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في
الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في المبسوط مسئلة
ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقيل لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير
كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفعل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض الامام
قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان
السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في
آخر رهن الجامع والباب الثامن من جنايات الا انه اذا ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع
فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء
انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبت عليه
حكما لا حقيقة الا بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب
باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نم ان يد الغاصب عليه ثابت حكما فان يد المولى
ثابتة على الشيء الواحد يدان حكميان بكمالهما واليد الحقيقية واجب الرفع لكونها عدوانا لا يصلح لا معارضا ولا مرجحا
وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في اقواله فان كان لو
الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب
مدبرا واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء او لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل
فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظالم
وقوله فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى
فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله فيدفعه اي النصف
المأخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا
الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي ح وابي س وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى
لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يؤدي اليه لئلا يؤدي الى اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه
الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد
ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد
شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق
من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة
والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة
عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمها ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع
النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى

الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة
في العبد بعد ما وضعه في المدبر وكلامه منه واضح وقوله ومن غصب عبدا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
يعني قال بعض المشايخ في بعض هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في مسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية الاولى وتمام حقه وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب وقيل وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا اقره فخر الاسلام في
في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسئلة فيكون
آه فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة وان لم يبق لوليها
استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن
وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح
خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب
فيه موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير في يد نفسه
فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب
بان حكمه ان ينظر ان كان النقل بقيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب
الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف
مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه
واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع
وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة
بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي ح وم لا في الحال ولا بعد الادراك قال ابو س يضمن في
الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل
على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع
الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا
وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا قوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط
على الاستهلاك في حق الصبي المودع يثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكل من
اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله يد مانعة اي من الايداع والاعارة يعني ان
المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد يمنع به غيره عليه اختياره
الا اذا كان وضعه فيها باقامته غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا
من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام نفسه والا
لانسد باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف
يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع
ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه يستلزم اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة
او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته
لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره

من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن
المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف ساير الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط
وينتقض بما اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب
كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما يملك خنقها من حيث انه يضيع فكان كالتسبيب وقوله
لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة
ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال
يؤل الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل
محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء
اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء
بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطاء ومحاسنها تعظيم خطر الدماء
وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سيأتي قوله يتخيرهم الولي
اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت
ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب
الشافعي كمذهبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في ساير الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى
عليه لان الاصل براءة ذمته واما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضح وقوله لانه يمين
وليس بشهادة يحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل اداءها
وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن
سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من
خيبر يتشحط في دمه فجاؤا الى رسول الله عم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال عم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة
او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يتهمه سوى اليهود قال عم يبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى
بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عم اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم نشاهده فكره
رسول الله عم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على انه لا دية بعد الحلف
والا لما كان ثمة براءة وودعة قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر
بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم آه وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية
فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف مضى في كتاب الدعوى بين ابي ح وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا
على غيره فجحد استحلف بالاجماع آه **قال** وان لم يكمل اهل المحلة خمسين وافى اليه اي اتى اليه واهل اللغة يقولون وافاه
ولم يذكر الالف وحكمه دبره وذكره وذكر الثم مطلقا وقد قيل اذا اصعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل من راسه الى فيه فليس يصلح
دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض
النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان يجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب
بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان يقول
يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا او ثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية يستلزم
ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا

نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه
بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر
سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه
فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجبت فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل
وهو الاثر والظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع
تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة الاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما
هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي والعاقل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق
فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا
وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السايق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قايدها
او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسايق والقايد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم فصار
كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم
والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على المالك لا على الساكن واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية لا يجب
على مالك الدابة بل يجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القايد والسايق والراكب
واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة يجب على الذي في
يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك
في الدار للمالك لان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك
عنها بالاجارة وبالاتلاف فيكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله وادعة وارحب هما قبيلتان من همدان وما بعده
ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا
ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي ح وابي يوسف هذا الاختلاف حال وقول محمد مضطرب وقال
ابو يوسف يعني آخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار
وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القائمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه
يخط خطة ليتميز انصباؤهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية
على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا ح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة
ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز ان يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في
دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة
دون المشترين مع ان كل منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين
قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام لحفظ الخطة وليس في حق الدار كذلك فانهما في عمارة ما اشتريا من الدار والاحجار
والاعمار متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله
ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي ح ومحمد او حصلت لهم على قول ابي يوسف وقوله
لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يرجع الى قوله او حصلت لهم وقوله واذا وجد القتيل
في دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احديهما تجب على صاحب
الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه

عليه وبين قوله بهما فالقسامة على رب الدار وعلى قومه تحمل ذلك على روايتين وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه يوفق بينهما ويقول الرواية
التي توجبها على صاحب الدار محمول على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في الذخيرة والكافي
في الكتاب يدل على انهما عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظ **قال** ومن اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا
فقال ابو ح ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية الحفظ يستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما
الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان
كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي ح وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي يصير له وقوله
واضح وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ يستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم
ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي ح واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال ان
القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر
فان قيل ما الفرق بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت
على المالك والجناية من جهة الضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد
الشهود انها للذي في يده ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي ح باليد لان اليد
المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله
على من فيها من الركاب والملاحين يشمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما
روي عن ابي يوسف ان السكان يدخل في القسامة مع الملاك ظ واما على قول ابي ح وم فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظ **قال**
وان قتل في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان اي سواء كان السكان
ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال
اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من
يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير وقوله وقد
بيناه يعني في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم
لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل المراد ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا
اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام
فيجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين سواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان لو دون ذلك فهو قتيل المسلمين
فيجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم يسقط
القسامة عنهم يعني والدية على عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه
آه وقوله وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا
عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله عم لا صدقة
الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة واذا من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف على
حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو موجود قبلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى
عليه للحديث الذي رويناه اي في اوائل باب القسامة وهو قوله عم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على

المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط
الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم من الخباء وقوله فعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما
اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم لقوا قتالا لا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا
مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اي للقتال وقوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا احتاج الى ذكر الفرق بين
هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا
كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من ايهما ترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على
الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان
الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال و
كان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله
ولو وجد قتيل في معسكر فاموا آه وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي ح وهو
قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله
فلان غاية ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون غيره شريكا معه
فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا اعرف له قاتلا غير فلان **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير
اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو ح لم يقبل شهادتهما وقالا يقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت
بدعوى الولي القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي ح انهم جعلوا خصما تقديرا للتقصير الصادر
منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا يقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله
وعلى الاصلين هذين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك
الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته
بالاجماع وابو ح جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم فان السبب الموجب
للقسامة والدية قال غ وانما الحكم الدية لوجود القتيل بين اظهرهم وبدعوى الولي القتل على اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن
خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون الخصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت
العرضية فيقبل شهادتهم وقوله يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم
عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما
لا يطلبان من الشفعة يقبل شهادتهما لانهما تعرضا ان يصيرا خصمين بطلت الشفعة وقد بطلت بتركهما وقوله ولو ادعى على واحد
وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط
القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش
حين جرح او يكون صحيحا بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على
القبيلة عند ابي ح وعند ابي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف ظ ووجه قول ابي ح ان الجرح اذا
اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص اعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين ضرورة كذلك كما لا يفترق
في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية
وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب
فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة واما

اذا كان صحيحا يذهب ويجئ فهو فى حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك فى الدية والقسامة وقوله ولو ان انسانا مجروحا
اه حكم ظاهر مسئلة من جرح من قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال فى آخره وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسئلة القتيلة وقوله ولو
وجد رجل قتيلا فى دار نفسه اعلم ان المص قال فديته على عاقلته لورثته عند ابى ح ثم قال فى دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة
فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهرا ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة
او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافى بينهم وان كان الثانى كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان
كل منهما ممكنا اشار الى الاول فى حكم المسئلة والى الثانى فى دليلها وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضافا اى على عاقلة ورثته
وما ذكر فى الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظ واعترض على وجه ابى ح بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة
فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها يجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه وينفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير
الصبى والمعتوه اذا قتل اباه يجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه صنع مثل ذلك فى ذكره الدية فى الحكم والقسامة فى دليل
ابى ح اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم يذكر فى الاصل واختلف
المشايخ فى وجوبها على العاقلة على قول ابى ح فمنهم من قال لا يجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلم فلا يلزم
القسامة ومنهم من قال يجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه فى داره فيكون ثمه من يعلم بحاله واختاره المص واكتفى بذكرها
فى الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية واما النظر بحجز ابى الله ثراه ولما استتم ورود مسئلة المكاتب اذا وجد
قتيلا فى داره كالنقض على ما ذكرنا اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره اه يعنى انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت
الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا ينفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضيهما عليه واذا كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه
هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم يكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد فى دار
غيره ولم يعلم له قاتل فيجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا فى بيت ظ وقوله كما اذا وجد قتيل فى محلة يعنى ان توهم
قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتاخرون اى من مشايخنا ان المراة يدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة
يشير الى انها لا يدخل فى غير هذه الصورة على ما يجئ فى المعاقل وانما دخلت فى هذه الصورة لانها انزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت فى
القسامة فكما دخلت فيها دخلت فى العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه فى القسامة بل يجب على الرجال فلا تدخل
فى العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير فى الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن من
معرفتها بد فذكرها واحكامها فى هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية بتدا
وقوله على العاقلة جزء وقوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الابوة فهو فى مال القاتل لا على
العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعنى الدية بتاويل العقل وقوله وكذا الذى تولى شبه العمد وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى
قتله وقوله وفى ايجاب مال عظيم اجحاف فسر الاجحاف بقوله استيصاله وقوله انما قصر يعنى ان القاتل انما قصر حالة الرمى فى
التثبت والتوقف فى قوله وتملك اى القوة وقوله كتبت اساميهم فى الديوان الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها
قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر اول من دون الدواوين اى رتب الجرايد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان
اى ممن اثبت اسمه فى الجريدة وقوله من عطاياهم العطايا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء
وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعى ولا نسخ بعده وقوله بالحلف الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم
ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء اى ولاء العتاقة وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد
منهم يقال فلان عديد بنى فلان اذا اعد فيهم وقوله فان خرجت العطايا فى اكثر من ثلث اى ثلث سنين او اقل منها اى ان يخرج عطايا
الثلث فى ستة سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية وان خرجت عطايا باسم الثلث فى سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله

وقوله لحصول المقصود يعنى ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت اكثر من
ثلث سنين او فى اقل منها وقوله وتاويله اى تاويل كلام القدورى فانه اطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم فى ثلث سنين بعد
القضاء فيكون المراد ثلث سنين فى المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله
واذا كان جميع الدية واضح ولنا ان القياس ياباه اى القياس يابى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس
من حجج الشرع وهى لا يتناقض والشرع ورد به اى بايجاب المال مؤجلا فى الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس فى معنى الخطأ
فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل للتخفيف
حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلى المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس الا انه
اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته
اى من وقت القضاء كما فى ولد المغرور فان قيمته انما يجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد
العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود
من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما بين وقوله وهذا اى قول القدورى لا يزاد الواحد على اربعة دراهم فى كل سنة
وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان
جميع الدية تسعة او اثنى عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية فى ثلث سنين على ثلثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا
فهم من اشارة كلام القدورى ذكره فى المبسوط وقال ذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب
انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب اما فى حق العجم فلا
يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا يمكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من القبائل نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ فقال
بعضهم يعتبر المحال والقرى فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى وقوله فيسوى بين الكل يعنى الاباء والابناء وغيرهم
لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المساواة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية
والرزق ان العطية ما يعرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقى ظ وقوله وادخل القاتل
مع العاقلة يعنى اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شئ عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند الشا
وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شئ
عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله فى المسئلة التى ذكرها قبل القاتل فيما اذا وجد القتيل فى دار امراة حيث ادخلها المتاخرون
هناك فى تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة
لا يقال انه اذا لم يجب على المراة شئ من الدية وهى قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شئ منها وهى قاتلة تقديرا اولى لانا نقول
القسامة يستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول فى المعاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق
اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب يبتنى على ايجاب القسامة عليها وفى ذلك
يناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبى الى ان قال ولا امراة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل فى قرية لامراة فعند ابى ح
وثم القسامة عليها تكرار الايمان وذلك يناقض اليه فالجواب ان ذلك مذكور فى سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة
فحينئذ كررت الايمان ومعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبى والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على
اهلها واما ههنا فالقتيل وجد فى قريتها فيجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها يتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت
على جماعة تعلق بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبى والعبد والمراة واذا وجبت على واحد تعلق بتهمة
القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه دين ومن لا فلا فيدخل المراة والله اعلم وقوله والغرض لهما من العطا جواب

عما تيال فرض الامام لنسا الغزاة وذرياتهم من العطا وانما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل
لغيرهم فكذا النسا ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة اى معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما
وقوله واهل البادية اقرب اليه يعنى نسبا وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل
الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اى اهل الديوان الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير مسئلة
الغيبة المنقطعة يعنى ان المولى الابعد ان تزوج اذا كان الاقرب غايبا وقوله لا سيما في المعاني المعاصمة كحد السرقة والقذف
والقصاص ووجوب الدية وقوله فالدية في ماله في ثلث سنين اى لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي
والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجى وقوله
ويمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اى ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك
ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظ الا الا اذا كان
وقوله وعاقلته اهل الكوفة الواو للحال لكن حصة القاتل يؤخذ من عطائه بالبصرة يعنى وان كان بعد القضاء وقوله
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اقرب القبايل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجود
وقت القضاء الى اقرب القبايل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما
به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله فلا يجوز بحال وفي الضم وقوله لكن يقضى ذلك اى الابل من مال العطاء بان يشترى
الابل من مال العطاء فصل وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح قوله ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان التحمل
لا يجب فيه عمدة ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فيتحمله العاقلة وان
كان اقل من نصف العشر الا ترى ان القتلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم
لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لان تحمله بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما
دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل الا بالنص لا علة فيجب في ماله ولا عبدا قال
ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يعقل العبد حرا فليس على
عاقلة مولاه شى من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجنى عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابى ح وقال ابن ابى ليلى انما
معناه ان يكون العبد يجنى عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجانى شى انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد قد انكرت
الاصمعى في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابى ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابى ح جايزا يذهب الى انه لو كان المعنى
على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعى ان في كلام العرب يقال عقلت
اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعى كلمت ابا يوسف القاضى في ذلك بحضرة الرشيد
فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله
لا يعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله لا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا
فقوله بعد هذا ولا يعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطا كانت على العاقلة
وقوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان في الاقرار يجب الدية في ثلث سنين وفي الصلح عن العمد
يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله في الثابت بالاقرار اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى
بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما يجب بقضاء القاضى فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة في
حقهما لان الحد المتصادقين ولى القتل ومن زعمه ان الدية انما وجبت لا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول
اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما
بقضا الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضا القاضى

العاقلة فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا والدفع التوى عن
مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضا القاضى لا يتحول اليه
بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من قبل اى في اول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله
قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعنى اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل
النصرة بالولاية وهى منقطعة بيننا وبينهم والله اعلم وقوله ثم ادت الكتابة اى فانه يرجع قوم الام على قوم الاب وقوله
الاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جناية عن الاولى قضى بها القاضى
او لم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل
ولاية عن موالى الام الى موالى الاب كالغلام اذا حفر بئرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق ابوه فان القاضى
يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيا لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو
وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا يتحول الى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر
فان العبد اذا حفر بئرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع انسان باعه ثم وقع في ملك المشترى انسان فمات
فالضمان على البايع لا على المشترى لان ملك المشترى حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية
وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب
وكما اذا اما المكاتب عن ولد حر ووفا فلم يؤدوا المكاتبة حتى جنى ابنه وهو من امراة حرة مولاة لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان
فعقل عن جنايته قوم امه ثم ادت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء
البدل مستند الى حال حيوته فتبين انه كان للمولود ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالى ابيه فلذلك رجعون
على موالى الاب ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في
صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في
حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبايل
وقد تقدم وقوله الا فيما سبق اداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين ادوا قبل
ضم اقرب القبائل

كتاب الوصايا

باب صفة الوصية

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمى في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة
اختصاص بكتاب الجنايات والديات ولما ان الجناية قد يفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية اسم لمعنى المصدر
ثم سمى الموصى به وصية وهى في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرايطها
كون الموصى اهلا للتبرع ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون
قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصى شيا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصى سواء كان موجودا
في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الالفاظ
المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا له كما بالهبة وفي حق الموصى اقامة الموصى له مقام
نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين
اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ويقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تع كتب عليكم اذا
حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولنا انه لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب
قال وهى مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك
غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيانه

في انها عقد بأن القياس جوازها لكونها مضافاً الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس وقوله
وقد يبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تع من بعد وصية يوصى بها
او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازى على نسخ قوله تع كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تع رتب المواريث على وصية منكرة
والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها
وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية
المفروضة لم يبق لازمة بل بعد اى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ
الوجوب انتسخ الجواز عندنا ذكر الامام فخر الاسلام وجهاً آخر وقد قررناه في التقرير واستدلاله بالسنة ظ وقوله وعليه
اى على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم ثلث اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله ويستبين
ما هو الافضل فيه اى في فعل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عم في حديث سعد بن ابى وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو ح قال حدثنا عطا بن السايب عن ابيه عن سعد بن ابى وقاص
قال دخل النبي عم يعودني فقلت يا رسول الله اوصى بمالى كله قال لا قلت فالنصف قال لا قلت فالثلث قال الثلث
والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخارى انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون
الناس وقوله وهذا لانه ظ والضمير البارز في قوله لم يظهره واظهره للاستغناء وقوله محترزاً عما يتفق من الايثار اى
احترازاً عما يوجد من تأذى البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما بينه يعني قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه
وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين
وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل
قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط
متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوه بعد الموت كما اجازوه في حال حيوة المورث فان قيل لا نم عدم مصادفة
المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما ظهر انها صادفت
محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى
اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القايم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة كثبوت الملك في الغصب
عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين
وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند
الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع
الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث
من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة
ايضاً ووجهه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لا نم فان قيل
الوارث اذا عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه
قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب ممتنعاً اجيب بان هذا القلب ممتنع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت
وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمه لان السبب هو مرض ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل
الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظراً الى عدم
الحقيقة واما ان يجيز الاجازة نظراً الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظراً الى وجود الحق ولم

يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث
لحقه برضاه فكان كساير الاسقاطات وفيه لا رجوع فكذلك ههنا ووجهه انه قد عرف ان ثمه حقاً وحقيقة وانما
رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله
وكذا ان كانت الوصية للوارث ظ وقوله وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى ذكره تفريعاً
على مسئلة القدورى ووجهه قول الشافعى ان بمعنى الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لان الميراث
يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته يكون اخراجاً عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا
ان الموصى صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظ فالموصى له يتملك من الموصى
وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجاً عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب
للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان
القبض شرطاً وهو ممنوع وصار كما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن
والملك للمشترى يثبت من قبله واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية
في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكاً فيكون التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له
حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكاً كالعتق والفايدة تظهر فيما
اجاز في شائع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكاً للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها
عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة ح هبة قال ولا يجوز للقاتل
عامداً كان او خاطئاً لا يجوز الوصية بمباشرة القتل عامداً كان او خاطئاً لقوله عم لا وصية للقاتل ولانه استعجل
ما اخره فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف
الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مخالطة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى
له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصى
عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعى يجوز الوصية للقاتل
لانه اجنبى منه فصحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده
لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه
لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذى ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا
كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمه واجيب بجعل الجارح مستعجلاً وان تقدم
جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصى له قاتلاً او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت
لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن الوصية واعترض بنقض اجمالى بان ما ذكرتم
لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهى لا يصح للقاتل واجيب بان عتقه
من حيث ان موته جعل شرطاً لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود
شرط العتق الذى لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز
عند ابى ح و م وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة
الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا جازت الورثة حيث يجب في الوصية دون
الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه
بخلاف الميراث فان من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اى الوصية للقاتل

كما لا يرضونها لا احد منهم اى لا حد الورثة وفى الوصية لا احد منهم ان اجاز البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا يجوز لوارثه اى لوارث الموصى
لقوله عم ان الله تع اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه لا يتاذى البعض الى اخر ما ذكر فى الكتاب وقوله بالحديث الذى
رويناه اشارة الى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض الولادة فى العطية وقوله يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكر فى
فتاوى قاضى خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له
بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت
كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثان وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اى
عكس الوصية بتاويل الايصاء او المذكور اى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الموت ذكر فى النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت
ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت
الموت ايضا لما بين ذلك مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق
وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه وهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو اجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر
لاجنبى وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قايم وقت الاقرار تبين ان اقراره
حصل لوارثه وذلك بط هذا حاصل ما ذكره وارى ان اطلاق المص يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض
وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون
وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث بط وقوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا
الاستثناء فيما رويناه من قوله عم الا لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اى لحقهم الذى هو دفع ايثار البعض دون
البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فى ما دون الثلث اجازوا ام لم يجيزوا لانه لا حق لهم فى الثلث
كما فى الوصية للاجنبى وقوله ولو اجاز بعض ط مطلب ويجوز ان يوصى المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمى وعكسه جائزة
فاما الاول فلقوله تع لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الاية نفى النهى عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير
منهية واما الثانى فلما ذكره فى الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففى رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا فى شروح الجامع الصغير انه ذكر
فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم من اهل الملك
واما وصية الحربى بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله فى حيوته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث
بعد الموت على ما ذكره فى الكتاب ط والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث
انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك بغير عوض فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك
قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه تملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له عن
غير رد وقبول فقد ذكر فى الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا فى الاستحسان وقوله ويستحب
ان يوصى الانسان واضح وحاصله ان التقليل فى الوصية افضل واليه الاشارة فى قوله عم ان تدع عيالك الحديث ومعناه
ورثتك اقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروى عن ابى بكر وعمر قالا لان يوصى بالخمس احب الينا من
ان يوصى بالربع ولان يوصى بالربع احب الينا من ان يوصى بالثلث والكاشح العدو الذى ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة
الى الضلع وقيل الكاشح هو الذى اضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان فى التصدق عليه مخالفة النفس
وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان
يشترى المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصى بجميع ماله
لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت
ولاية الرد فى الصورتين جميعا كما فى الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض

بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله ربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا نفع
يعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا فى مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى له يملك بالقبول يعنى الا فى مسئلة واحدة فانها
تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعنى فى الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تع
من بعد وصية يوصى بها او دين فالجواب كما ذكرناه فى مختصر الضوء فى الفرايض مطلب ولا يصح وصية الصبى كلامه واضح
وقوله ولو لم ينفذ يبقى على غيره يعنى اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا
ولو لم ننفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعنى كان بالغا لم يمض عليه
بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشئ باسم ما كان عليه او كانت وصيته فى تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح فى رواية
الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل لكونه يافعا مجازا او يكون الوصية فى التجهيز وامر
الدين واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوى نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنة
عم له بمال لا ينافى ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوى والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعى لانه مرسل
لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا مخالف قوله عم رفع القلم عن ثلث وفيه نظر
لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تع وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبى
ممنوع من ماله وقوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى وقوله وكما بيناه اشارة الى
قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب آه فانه يفيد اما افضلية الترك فى الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر فى النفع
والضرر تنزل فى الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون الترك لكن المعتبر فى النفع والضرر هو النظر الى اوضاع
التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة
شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية فى الاصل تبرع والصبى ليس من اهله وقوله بخلاف
العبد والمكاتب يعنى اذا قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فثلث مالى وصية يصح لان اهليتهما مستتمة اى تامة والمانع حق المولى
فيصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا يصح وصية المكاتب يعنى بتجهيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا
وقوله والخلاف فيهما معروف فى موضعه يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف هو ان
المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر يعتق فملك لم يعتق عند ابى ح وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك
قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابى ح ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ظ وهو ما قبل الاعتاق والاخر غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق
فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله ويجوز الوصية للحمل مثل ان يقول وصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة وبالحمل
كما اذا اوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان جاء
لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى واختاره المص وصححه الاسبيجابى فى شرح الكافى ومن وقت موت
الموصى على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه
يجعله خليفة فى بعض ماله بعد موته لانه يملكه فى الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل
لو كانتا اختين لما جاز رد ما كالميراث رده اجاب بقوله الا انه اى فعل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التملك دون
الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية بالحمل يعنى ان الهبة للحمل لا تصح لانه تمليك محض والجنين
ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه لتملكه شيئا لحصول الملك به بالقبض واما الثانى
وهو الوصية به فلانه اى الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت
لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول فى كلام المص
تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شئ الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب

ان معنى قوله بعوض الوجود بعوض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض
وقوله وبابها واسع اه واضح وان اختلج في ذهنك تناقض اخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز
بصحتها في غير الوجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تع وقوله من اوصى بجارية يعني من قال اوصيت بهذه الجارية لفلان
الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا
يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها وفيه اشارة الى ما نيال الحمل جزء من الام
قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء
وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت
لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستغنى منه
فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من ما
اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام
لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع قال ويجوز للموصي
الرجوع عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة
جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي
التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله انواع ذكر المص لها في
الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية
ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع ثم من مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات
كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في
المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار ح ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود
الحقيقي فانه قال اذا اوصى الرجل بثلث ماله ثم قال بيوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله
اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا اني اسألكم ان تشهدوا لي بالباطل
وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم
من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال
شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي
وهو الاصح لان المعلى قال في نوادره سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا
فقال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المص واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا
كان نفي الحال وحده رجوعا ففي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت
له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك الاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ما نافى
الحال كان باقيا بجحوده اذ الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود
لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم ما كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب
فتامل وقوله ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل اخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي و
الاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول
ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي الحال والماضي وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من
عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله

قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني
بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار
والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق
يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للاخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح و
قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره
وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ما قدم من لا يوقف على اجازة بقية الورثة
فان اجاز جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه
مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب
قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى لاخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوهم
اولا فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا تزاد على الثلث حينئذ وليس
احدهما اولى به من الاخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل
الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امراة بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث
وللاخر بالسدس واضح ولا يضرب ابو ح اي لا يجعل من ضرب ماله سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب
شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر
لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم
تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له
الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي ح وجب ان يضرب الموصى له بالالف في الكثير
خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت
الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي
قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي
لرجل بالفين ولاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب
بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون ماله مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اوصى
لرجل بثلث ماله والاخر بنصف ماله او بنصف ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال اخر تدخل فيه
تلك الوصية ولا يخرج من الثلث لهما في الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
على الورثة بمقدار على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من
التفضيل قلت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وللاخر ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان
التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع
يبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا بخلاف
مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة
نقض على المسائل المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل
وثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد ما لا يفي
رقبته مساوية ثلث المال ويظهر له بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق
الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا اخر وحق للورثة ايضا يتعلق بعين

التركة فيما زاد على الثلث فبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت
ينفذ فيما بقي ما داد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قال** ولو اوصى بنصيب ابنه ومن اوصى بنصيب ابنه
وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن اولم يكن لان الاول وصية
بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن
ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه
حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير قوله ولو اوصى
بسهم من ماله المعناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل اخس الانصباء اقله والثمن اقل من السدس فكيف
حمله بمعنى السدس قلت حمله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روى عن ابن مسعود وقد رفعه
الى النبي عم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة
عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب
ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو ح النقصان من السدس ولم يجوز
الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولا يجوز النقصان عن السدس ورواية الملحق
تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع
الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة
ومفزعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي
الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي ح ما ذكرناه آنفا في جواب السوال من اثر ابن مسعود
وقول اياس وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس آه مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها
فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى له السدس لما ذكرنا
ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا
بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس في ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة
على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما ثمه عمل بالدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل
منهما يودي الى النقصان عن السدس واري ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار
بذلك الى رواية المبسوط وسمى ما ذكرنا من جواز النقصان والزيادة على السدس سهما بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا
ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما
ترى تعمه وان كان غير ذلك فالله اعلم به وجه المنقل دموعه وصورة المسئلة ما اذا اوصت امراة بسهم من مالها ثم ماتت
وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي ح على قوله وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس
يجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع فلا يستقيم عليه فيضرب في اصل
المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة يبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج
منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير
خمسة ويعطى الموصى له سهم والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل
نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فيخرجه كما يخرجهما
وعلى هذا فقس امثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى
بجزء من ماله قيل الورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا يمنع صحة الوصية والورثة قايمون مقام

مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطايفة او بنصيب او بشيء فالحكم كذلك قوله واجازت الورثة له ثلث
المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال واللام يبق لقوله واجازت الورثة فايدة فالجواب
ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على
الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بهما ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا للكلام
على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في التقرير مستوفي بتوفيق الله تعالى
قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى
له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليهما وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا
ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهما في الواحد اي يمكن جمع حق شايع لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه
الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل صاحبه في هذا
العين مقدمة على حق ورثته بعذر الموصي به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع
اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كما في المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه تصرف الهلاك الى الربح
الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى
بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة
جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة
وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر
الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليهما اثلاثا وظهر
من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثة من رقيقه من جنس واحد او بثلث ثلثة من الدور فليس له الا
ثلث الباقي لكثرة التفاوت بهذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي ح
وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيهما فاما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقي
لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث
والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك
اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والى الاول
وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة
لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانهما جنسا واحدا **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم ومن اوصى
لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلثة الاف درهم نقدا دفع الالف منه الى الموصى له
وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك
الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل واحد من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول
فيصار اليه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان العين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا
تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بدين له على الناس سلمناه
لكن لا نم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث
ولو كان شريكا لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون
مالا في الحال او في المال لان الوصية يتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في

المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا
اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل
حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق
الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لان الوصية عنده للموصي والباقي
ظ وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظ وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه
اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير
تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال لفلان حنطة
من مالي وثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم توجد ذلك في
ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه **مطلب** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده ما ذكره واضح صورة وتعليلا
ظ قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جايزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جايزة استحسانا والقياس
ان لا يصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما يستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها وهي امة
فيستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة ووجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق
بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيح هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية
بثلث المال لعبده جايزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان
الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا
بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمه وصية اصلا ولقايل ان يقول
الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك
لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا
توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا
عن فصل الزكوة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى
الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله
نجد ذلك في القران يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بهما الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك
قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل **مطلب** ومن اوصى لرجل بماية درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان
والقياس ان يكون له نصف كل ماية لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد
اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان
انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما
جملة واحدة وانما اخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة
وللاخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال للاخر اشركتك معهما فان له نصف كل ما لكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن
لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما وجه القياس عملا باللفظ بقدر
الامكان وقوله من قال يعني لورثته لفلان علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر
بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقر به من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لكن
بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث والمكن تنفيذه بطريق الوصية فتنفذ فان قيل

فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه
دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى
شيئا فاعطوه من مالي شيئا وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك
الخ واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على
الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شايعا في الاثلاث ولا تخصيص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح
في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلهما والشركة
انما تثبت حكما له عقيبه بحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب
الاخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق الحق وهو
المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما
اذا تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة
الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الاخر وقالا اثباته مشتركا هو المبطل
وقد وجد ولقايل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث
تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المقررة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان
حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر
الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث
يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الاخر **قال** ومن كان له
ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء رجل له ثلثة اولاد جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه
ثم مات احد الاثواب ولا يدري ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية
باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي الا ان تسلم لهم الورثة الثوبين
الباقيين فان المانع ح قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدا بتعليل جانب صاحب
الجيد وصاحب الرديء وان ابتدا بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه اخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين
فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردى من الباقيين فحق صاحب الوصي في الرديء منهما فحقه يتعلق بهذا
مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين واذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في
حال ولا يتعلق في حالين فياخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي
الرديء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب
الرديء وقوله واذا كانت الدار بين رجلين ظ الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واما قوله هذا ففيه بحث
وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا
لما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من
جنس واحد والى هذا اشار بقوله واما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظ وقوله اما لانه عوضه كما
ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها وقوله او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني وقوعه في نصيب الشريك والتمليك

بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان تقسم نصيب
الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين وقد
زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر
زعم كل فريق فيجعل كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر
قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينها فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فاذا اجاز كان تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازته الورثة لان الوصية في المزيد على الثلث صحيحة لمصادفتها ملكه وامتناع النفوذ لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينها فلعله فاما ان تجيز الوصية او لا فان كان
الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له عشر وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لان هذا تبرع بمال الغير
الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون مقرا بتقدمه فيتقدم عليه فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي
ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد
الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ
الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا وقوله ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه اي في الوصية على تاويل الايصا
وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ
الوصية بالام بكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث فتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة المال لانه
يؤدي الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض جواب
عما يقال لا نسلم ان تنفيذ التبع في البيع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته
ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين
لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله واذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لان مقابلة
بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان معوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ
الام بجميع الثمن والله اعلم

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو
الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لان هذه الاحوال
بمنزلة العوارض والاحوال المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله واذا اقر المريض لامرأة وصح
بناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد
الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان
المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح
للوارث ووجهه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الاان
يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الو
بتاويل الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة
الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على العبد
دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب قوله المقعد والمفلوج من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس
والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله
صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو
كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت
ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من
انواع الوصية لكن لما كان له انواع مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال

ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله المراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة
الوصية بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على اني
ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على
المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما نفذه من التصرف اي نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه
حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه
لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق
عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري
بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث
وقالا العتق اولى سواء قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء نقض البيع
ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور
في الكتاب ظ وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد
موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء
وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحقه اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ
كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لما في الخلافية
وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله
لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا وقوله لانها تثبت في ضمن
المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا معنى لا بصيغة والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن
المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم
بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه وسوال يقال المحاباة الاولى متساوية للمحاباة الثانية
والمحاباة الثانية متساوية للعتق المتقدم عليها والمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وسوينا قض الدليل المذكور
من جانبهما وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقدم يقتضي الترجيح يستدعي ان
تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس
كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحمل النقض من تبرعات المريض بتقدمه ينقض اذا لم يخرج من الثلث
واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما حكم الوصية وهما فيه سيان فاستويا كذا في النهاية وقوله
قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم يقسم بين العتق
والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها
والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة
بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب
العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب
بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور
قال وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين نصفين لاستوائهما
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح قوله وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام الكشاني الا
ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد

عنده فيحلف المستحق اذا ملك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله
لانه تبلغى الملك من جهته اي لان الموصى له تبلغى الملك من جهة الموصي الا ان ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم
لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه
بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متبرعين فيما فدوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لآخر
وقوله وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين
في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله
صدقتما جعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك وله ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار
بالدين اقوى على ما ذكروا والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك يثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة
لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال
العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل لك علي الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك
هنا وقوله وعلى هذا الخلاف الخ لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث
بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه يثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين
في الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال ذلك فقال صدقتما والاختلاف
في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب **فصل** قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لوقوع
العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة او صيام او زكوة
او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا
بذلك ان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او جمع بينهما فما للعباد خاصة
تقدم ذكرها وما لله اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر
او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع
ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهن فرائض
كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة
والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو اهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او
واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر انه يبتدي بالاهم فان قيل اين ذهب قول ابي حنيفة ومحمد ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسألة لا يصح عليه اجيب بان هذا مختص بحقوق الله لكون صاحب الحق واحدا
واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكوة تعلق بها حق العبد يعني
باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكوة
فقوله تع والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تع ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج
وقوله صلعم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار
مستفيضة وقوله وعلى هذا تقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان تقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب
الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذر وما ليس بواجب
تقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدي بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو
قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة

بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان
لله وما كان للعبد وجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات
ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا
الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة
فكذا هذا **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية
بالعتق من قبل على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولو انه وصية بعتق عبد يشتري الى الآخره وقوله
ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق لانه اذا خرج للحج واوصى بحج عنه من بلده بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف
فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى
وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلث
فان الخروج للحج ليس منه وربما ان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما
اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى
في حق الاثم بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الموصي لم يجز
ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه
يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس باقع لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في
الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه
اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله
على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الخ **باب**
الوصية للاقارب وغيرهم انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما
تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قال** ومن اوصى لجيرانه هم الملاصقون كان حق
الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل
ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول الجار المحلة وجار القرية وجار الارض صار
الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله ذلك عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان
فالجميع جيران قوله وما روي فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات
اشار الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح جاز نصا في الباب وقد طعن
في راويه قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وشق على
قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان
مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذه لذخرانية من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم
على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يجمعهم الا اذا اريد
باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي لاقارب امرأته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت
المرأة وانت قال هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت
في عدة من طلاق باين لا يستحقها يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه
يعني ان الاختان تطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل
ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكور والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني بعرف الى

الاثنين فصاعدًا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين و الولد اذا لم يكونوا وارثين
عند ابح وقوله وفايدة الخلاف تظهر في ال ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب على
فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه
اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب
مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت وبين كونه متروكا بالاجماع فان عنده اي عند ابح يقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب
بالقيود الستة التي ذكرنا وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به
لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله ولد يحوز ميراثه فالثلث لعمه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود
على مذهب ابح وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف
فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف
فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وح كان تمام ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن
معه غيره وعلى هذا ينبغي ان يجب له الربع او الخمس عند انفراده على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا اجيب
بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين
فيكون له نصف ما لهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله
لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله وهي اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن
وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة
للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق
هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر فان حرمان الميراث لوصف قام به لا للضعف في القرابة وقوله لا انتساب الانسان في جميع النسب
وهو القريب كالانتساب في جميع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابح خلافا لهما قال ومن اوصى
لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابح وان كان من تضمهم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف
المؤيد بقوله تع وأتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امراته وله ان الاهل في الزوجة
حقيقة يشهد بذلك قوله تع وسار باهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب
بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمراة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها ممن ضمتهم نفقته فان
كان معه من الارقاء احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول
وانما استشهد بالآية تانيسا فان ثبت ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله
فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه فان ابراهيم بن رسول
الله صلعم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم منهم يدخلون في هذا اللفظ دون
عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلعم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى
معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة من ارمل اذا افتقر من الرمل كان لصق من الدقعاء وهي التراب ومن
الناس من قال الارامل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا
اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما يحصون اولا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب
وحساب فان احتيج الى ذلك فهو لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى
راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقق التمليك بينهم ممكن وان كان الثاني
فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني

فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى
دخوله في الارامل اولا قال الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي البنت خاصة
وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ
ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد
الغلام ما كان له اقل من خمسة عشرة والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين
الى ان يغلب الشيب فح يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا
على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان
الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابح رجع اليه وكان يقول ولا يدخل وقولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات
فلا يدخل بالاتفاق وجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة
وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم وهم يقسم الوصي بين
من يقدر عليهم من فقرائهم قال ومن اوصى لولد فلان ومن اوصى لولد فلان فاما ان يكون ابا خاصا او فخذا فان كان
الاول فالوصية تناولت الاولاد دون اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كلهما
انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز الا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد
واولاد الابناء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية روى الحسن عن ابح ان الوصية لولد فلان تتناول
الولد وولد الولد وهم ذلك من قوله تع يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما
ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي قايما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلوا عن الاولاد فيكون مراده فيدخل
بخلاف ما اذا كان ابا خاصة فان بنيه وبناته قد يخلوا عن الاولاد فلا تكون مرادة وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح
وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه فكذلك
هذا والمروي عن الشافعي رواية وعن ابح لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة
على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتماله صلب الاب او الرحم عليهم و
معنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول
واليه اشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس
الائمة وعامة اصحابنا على ان لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع الموالي
مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى
بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب
بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة لفظي ممكن وهو ان
يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب
اولى منه الى المندوب وكما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة لفظي وهو ان العرف جار
بوصية ثلث المال للفقير والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن
ابي يوسف لهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له الا المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا
يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا يثبت الا بعد وجوده والوصية
تضاف الى حال الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن
ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم

لا ينسبون اليه بالولا بنفس الاستحقاق بل بالاحيا الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيه اى فى هذه الايصا يعنى
بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله موال واولاد الموالى وموالى موالاة دخل معتقوه وهوظ واولادهم
لان نسبتهم اليه بالولا للعتق الذى باشر فى ابائهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما فى اصولهم ولهذا لا يصح
نفى اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بنى فلان واولادهم لان النفى عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا ابنى فلان وانما
هم بنوا ابنين وعن ابى يوسف انهم يعنى موالى الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله والاعتاق لازم
جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم
تكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء
الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالى موالاة كان
الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى
فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتقة لما ذكرنا ان اسم الموالى للاولاد
الموالى حقيقة وقوله لا يدخل فيه اى فيما اذا اوصى لمواليه موال اعتقهم هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب ان يقال موال اعتقهم
ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عتقه
والمجاز ان ينتسب لذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد فى حق موالى الاب والابن فعل الاعتاق ولا ...
فعلنا انهم لا يدخلون فى هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع فى النسخ لان الذين اعتقهم موال له حقيقة
وقوله انما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روى عن ابى يوسف ان موالى ابيه تدخل اذا مات ابوه وورث ولاءهم لانهم مواليه
حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجهه ذلك اى احرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق
فى حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث
وهو نص صريح فى عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال فى النهاية هكذا وقع فى النسخ وليس
بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور فى الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى و
بين موال اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما
معتق البعض فعند ابى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد الا انه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما
ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة فى قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم
باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض جعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيهم موال اعتقهم ابنه ومعناه ان معتق البعض
يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالى الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغى ان يكون هذا على مذهبهما
لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح لنسخة الكتاب فى الموضعين
وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة

باب

الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان احكام الوصايا المتعلقة
بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها وضعا قال ويجوز الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية فى كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة
بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة فكذا بعد الممات لان الموت
لا يزيلها والارث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية بمنفعة جازت
بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملها يعنى المنفعة والغلة قوله فان خرجت رقبة العبد فيه
تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبد لشخص فاما ان قال ابدا او جعل ذلك ما ما فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من

من الثلث او لم يخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت
وان كان الثانى فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى
بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضى بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة
فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى
عينها ثم يسلم الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال ولا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه
سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجزه الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم
على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره قال فان كان مات الموصى له عاد الى
الورثة اذا مات الموصى به الى الورثة الموصى لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحكم الى وارث
الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى لكن
لا يجوز ان يستحقها الذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير رضاء المالك لا يجوز ولو مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت الوصية
لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية
بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه او سكن
الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ فى ذلك على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد
والدار واضح سواء الفاظه تذكر ما قوله اعتبارا بالاعارة لانها تمليك بغير بدل قد تقدم فى باب العارية وفى الحقيقة هذا المعنى
راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشئ لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت
غير لازمة ابتداء لكنها يصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع ح ووجهه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية
فى وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر قوله
وهذا لا يجوز يعنى بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة
بتعا للملك رقبة ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المص فى الوصية ومراده بالمنفعة منفعة
يجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليس كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج
فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجازة الورثة وقوله واذا كان له مال غيره اى فى غير مصر الموصى وقوله ولو اوصى بغلة
عبده او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم طريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة
يعنى اذا لم تجز الورثة وكان الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر اما باويل المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل
القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة
فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صونا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة الى ما يستوفى خدمته سنة كاملة كما تم ذكره
وقوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لاحدهما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لآخر برقبته بالواو
على قوله اوصى له بخدمة عبده فتعتبر بهذه الحالة يريد حالة العطف بحالة الانفراد اى بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى
فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتغيير لما قبله
من حالة الانفراد يعنى لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا
اوصى بالرقبة لانسان لم تكن الرقبة والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما بعد الموت
ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان كان الثانى فنفقته على الموصى له بالرقبة
الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة فى الكبير
على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى

لا الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفدا على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير
وقوله ولها اى لهذه المسئلة نظاير وقد ذكرها فى الكتاب واضحة وقوله ولا شئ لصاحب الظرف وهو الانه والخاتم والنوصرة
فى المظروف يعنى الولد والفص والثمر فى هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالآخر بالاتفاق واما اذا كان
احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابى يوسف خلافا لمحمد وقوله كما فى وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول فيهما فى
الحكم سواء وتاخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف فى الكتاب فى المبسوط دليل على ان المعول على قول محمد فافهم
ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدى الى ما يحدث على
وجوه ثلثة فى وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او
خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره
كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن جاريته واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشيا لا يستحق بعقد ما وفى
وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت
تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفى الاستحسان تقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان
الثمرة فى الموجود حقيقة وليست بموجودة فيبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفا الحقيقة صونا لكلام الموصى عن
الالغا والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقى والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة
لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب
واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعانى يحتاج الى تقرير الا وتركيبه اوفى بادية
من غيره وقوله وبعقد الخلع صورته ان تقول المراة لزوجها خالعنى على ما فى بطن جاريتى او غنمى صح وله ما فى بطنها
وان لم يكن فى البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فللمراة لان ما فى البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره
حتى لو قالت على حمل جاريتى وليس لها حمل يرد المهر

باب وصية الذمى

عقب وصية المسلم بوصية الذمى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى احكام المعاملات اذا صنع يهودى بيعة او نصرانى
كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على خلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند
ابى ح اذا كان المسلم فان وقف المسلم فى حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه
الوصية معصية فلا تصح ولو اوصى بذلك اى لو اوصى بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان
فى الوصية معنى الاستخلاف والتمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به ما شاؤا وان اوصى ان تجعل داره كنيسة
لقوم غير مسمين يعنى قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابى ح وقالا هى باطلة لان هذه فى الحقيقة معصية وان كان
فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقريرها ولابى ح ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا
بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو فى معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية
لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببنا بيعة او كنيسة فى القرى فاما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق
لانهم لا يمكنون من احداث ذلك فى الامصار وذلك الفرق بين بنا البيعة والكنيسة والوصية بذلك قوله لم يرض بخروجه
للذى حقيقة بل تحرز على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرز للذى تبع وقوله
بخلاف الوصية متصل بقوله ان البنا نفسه ليس بسبب لزوال الملك الثانى والضمير فى قوله لانه وضع وفى قوله ثبوت
مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصا وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة
الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة فى معتقدهم فاما اذا الاقت
ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمى الخ واضح قوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببنا البيعة

البيعة والكنيسة قوله كما ذكرناه يعنى من الخلاف فى الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اى من الجانبين وهو ان
المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله والجهة مشورة يعنى ان كلامه فى صرف المال الموصى به الى الاستضاءة
المسجد وغير ما خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف فى تصرفاته يعنى انها جائزة عندهما موقوفة
عند ابى ح ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت
كالذمية قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى
لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه
لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح ومما يصدقان وقوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى
لمسلم او ذمى بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم الى هذا اشار بقوله
وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب وقوله وذلك حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله وردالباقى
على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق حرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقى ووجهه ان ذلك
الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على
مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة
الخ وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الخ ظ وقوله ولو اوصى لحربى فى دار الاسلام ظرف لاوصى لا لقوله
حربى اى اوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمى اذا اوصى لحربى فى دار الاسلام
جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اى للمستامن مسلم او ذمى بوصية جازت

باب الوصى وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان احكام الموصى اليه وهو الوصى لما ان كتاب الوصايا تشمله
لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اى جعله وصيا
فقبل الوصى فى وجه الموصى اى بعلمه وردها فى غير وجهه اى بغير علم الموصى هكذا ذكره فى الذخيرة اشارة الى ان المقصود
بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الوصى فليس برد لان الميت مضى لسبيله اى الموصى مات معتمدا عليه فلو صح
رده بغير علمه فى حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى
له والموصى اليه فى ان قبول الاول فى الحال غير معتبر حتى لو قبله فى حال حيوة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا خلافا
للثانى على ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثانى للموصى فكان فى رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف
الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصى ولا ضرر له فى ذلك الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشرا عبد بغير عينه
او ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه اى فى غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حى قادر على التصرف بنفسه فانه حصل عليه
جواز عدم الضرر كما فى رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة
وادب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان
الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن
ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشرا شئ بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا
بشرا شئ بعينه وقد اشار اليه المصنف فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا
قول الشارح على ما يشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشرا شئ بغير عينه فليس فى ذلك ضرر
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شا قبل وان شا لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا
يعنى كمن وكل حال حياته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا
لانه لما لم يقبل الايصا ولم يرده اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفى ذلك ضرر به مدفوع واجيب بان الموصى

غير حيث لم يسئله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار رد قوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الموصي اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للموصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بثواب ودفع الاعلى من الضرر اولى الاجالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني ان للقاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المص ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فهنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني والكل واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او كافر ذمي او مستامن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور الثلث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل التصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مطلوبا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانها ستبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان اخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يؤمن في البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه بانفا قوله وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده والعبد والجناية ترفع النصيحة فلا يحصل الغرض من الوصاية قوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح قوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزي فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله وليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله كونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار الرقيق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا قوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او نقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغير وصفه وهو جعله متجزيا بعدما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية قال ومن يعجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المص العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي

للقاضي عجز وصي عن الاستبداد او هو عدل يضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا فاذا علم صاحب الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم تظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الموصي فلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي العاجز المعزول بعضا حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الخ روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وح تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة والا قال الا في اشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجميع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر ايضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا فلا يزداد ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المص اكثر من ذلك قوله سببها الولاية يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي وقوله والى الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركتين اي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل لرجل بثلث ماله وله ورثة صغارا او كبار غيب فقاسم الوصي والموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا او صاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزه كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق من المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع

على بايع الميت ولو لم يكن خليفة لا رجع كما لو باعها المورث من غيره والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بايعه دون بايع بايعه
لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون غروره كغروره وقوله غير ان الموصى لا يضمن جواب سوال تقريره اذا كانت القسمة غير
صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه
الجواب ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه
اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى اليه بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض
وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه **قال** وان كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى
ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يوخذ ثلث
ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يوخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يوخذ ما بقي من ثلث جميع
المال وذلك ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت
الوصية فلا يوخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على
ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى
تفرد احد الشريكين من غير قضاء ولا رضى ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن
فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة
الى ذلك فانها مما توزن وقوله واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه
عبده الماذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع
لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء
الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع تحصل
وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده و
يتصدق بثمنه على المساكين الخ وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لا يعمل آخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية
فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثة وقوله ولان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية
والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق
بثمنه كان قايلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة
وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعين في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء الخ وقوله
فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع
الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس
هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية
الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ ظ وكذلك
قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ
ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين ما باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز على ما مر والفرق ان
البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه
وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبراس المال وهو لا يصح واذا لم يكن
مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا

ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيا لنفسه او باع من اليتيم شيا
من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع
ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى اشهر الروايتين عن ابي يوسف
لا يجوز على كل حال وقوله والصبي الماذون له والعبد الماذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند
ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر ولم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي
على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن **قال** واذا كتب كتاب الشراء على وصي هذا يتعلق
لكتاب الحقوق والشهود ولنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله
وبيع الموصى على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع
والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير
اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف
القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه
ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت او وصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة
كلها ان كان الدين محيطا وبمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية
بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذ ما شاء من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله
لان الاب يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق
فله ان يبيع الجميع لانه يمكنه قضاء الدين الا بالبيع فكان مامورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين
من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا لا فائدة في منع بيع الزيادة
ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فهي تثبت
له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرار بالباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية
ذلك في نصيب الكبير الغايب لانه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة
اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان
ان كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة
الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين
من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة وان كان حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار
بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة
على الخلاف ولا يتجر في المال ظ وقوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم واما قيد بتركة هؤلاء لان
وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغايب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار
المشغول بالدين والخالي عنه فلذلك رجعنا واما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية
الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقا فله بيع الكل
ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا باع
بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا
ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال الصغير من الجد الخ ظ وقوله
لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ **فصل** في الشهادة قال في النهاية

لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية لم يذكر بالعدم وافقها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وجه
الاستحسان الخ اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا الخ فاذا لم يكن
ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي
لكن الموصي اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصي وهناك
تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك
الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة قوله وكذا لو شهدا يعني الوصيين الخ واضح وقوله واذا شهد
رجلان لرجلين جنس هذه المسائل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهي الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه
وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان تشهد
الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب الخ وهو ان يشهد الرجلين
بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فيما يثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة
فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه
بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق الشتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به
ولهذا لو استوفى احدهما حصته من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة والله اعلم • كتاب الخنثى فصل في بيانه
لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث
يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما
وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في
احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال قال واذا كان اي قال القدوري اذا كان للمولود
فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظ وقوله فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي
الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان لكل عضو لمنفعة ومنفعته ما تبين الآلتين عند الانفصال من الام ليس
الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونها مبالا فاذا بال من
احدهما عرفنا ان الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والاخرى زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب الباقي ظ وحاصله
ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امراة وان لم يظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل و
هذا ما يقال الاشكال بعد البلوغ الا اذا ابدا به الغالب **فصل** في احكامه لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة
احكام الانثى لخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه
قال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حوا خلقت من ضلع آدم عم
فان قام في صف النساء فاحب الى ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال باستحباب اعادة صلاته دون الوجوب
فالاخذ بالاحتياط في باب العبادات اولى واجيب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المراة
في صلوة مشتركة موهوم فالمتوهم احب له ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه وان افسد بالغا
وان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجبت الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب لي
ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا والاعادة مستحبة تخلقا واعتبارا واما اذا كان بالغا فالاعادة
واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير يكون اعادة من على يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال وا

واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المراة الرجل في حقهم
موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله وهو على
الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وهو
لانه يباح لمملوكه النظر اليه رجلا كان او امراة قيل نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المراة
لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات
والصواب في التعليل وان كان انثى فانه نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه المولى امراة لم يستغنه
عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بان محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة
النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح
لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير قيل لا فائدة في قوله في حياته
فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في
التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون
النساء وحاله لم يتبين بعد فيوخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس
حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد
بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على
ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له
التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلوه اي يكره اي يخلوه محرم من رجل او امراة لقوله صلى الله عليه وسلم
الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك محتمل نظرا الى حاليه وقوله لا علم لي في كيفه
يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنث بالشك وقوله وان قال
بالقول ليس يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين
وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لانه يقتضي تعارض الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم غيره
وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حال الغسل غير ثابت بين الرجل
والنساء اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت
الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر
عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد
وهو نظير امراة ماتت بين رجال وعكسه فانه يمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من
الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امراة ولا تشترى جارية للغسل كما كان يفعل في الحيوة
لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشرى غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة ولا اهلية الملك فيهما وقوله
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحيوة لانه يقوم صف الرجال والنساء فكان في القرب
من الامام بعد درجة فلذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلعم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل
في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالتقريب
اليه اولى وقد جاء في الحديث انه صلعم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقران جانب القبلة وجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير
ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المراة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المراة اذا وضعت
على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة وقوله وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن

معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حياته ازيد على الثلثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة فان السنة في العرايا خمسة اثواب قال ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع ابي يوسف وكذلك اثبت المص في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع ابي ح ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره على وجه لم ياخذ به وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بان يجعل على اثنى عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي ح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور بلا تعارض قوله يعتبر ذكرا وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والنووي وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف للابن فيحصل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب ابن فيضرب بمخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزايد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للانثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثنى عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شئ من السبعة في اثنى عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثنى عشر يبلغ ستة وثلثين واضرب حصة من كان له شئ من اثنى عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين ولابي ح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شئ منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البيان على المتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان على دراهم يحكم بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزايد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة والانوثة ولا شئ منهما بمتيقن به فيما نحن فيه قوله الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اعطي للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فح يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى للمراة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى يرث النصف فتكون المسئلة من اثنى عشر وتعول الى ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة عشر من اثنى عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام خنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شئ للخنثى وهذا معنى قول العلماء في

في تفسير قوله اقل النصيبين اسوا الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المص في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم ياخذ منه كفيلا في قول ابي ح وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهي طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان يتبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان يتبين انه انثى فالمقبوض سالم للانثى ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود مسائل شتى قد ذكر قبل هذا ان ذكر مسائل شتى اي مسائل متفرقة من داب المصنفين ليذكر فيما كان يحق ذكره قوله فاذا كان من ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى ان ما يجي من الاخرس ويعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى لو امتد ارادته سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي ح انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله في الابد عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله ولا يجد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اذا كان مقذوفا وقواه وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين مرسوم ان كان ... عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء او الماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله فينوي فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكناية اي الكناية القولية كقوله انت باين وامثاله وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره وقد يثبت بغير لفظ اي بفعل يدل على القول كالتعاطي وقوله يحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك اي لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمد جمع ههنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتاب لانه اي الاشارة اقرب الى النطق من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذي يوما او يومين عطف على قوله لا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومى براسه اي نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة الخ ظاهر وقوله بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسئلة اذا كان معه ثوبان احدهما

نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوّز التحري هناك فيما اذا
كان الثوب الطاهر والنجس نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها
لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من
الغنم ويوضح ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلثة اربابه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع
فلما جازت صلوته فيه وهو نجس بيقين فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

بسم الله والحمد لله اولا وآخرا على توفيق الاتمام وتمييق المرام والهام المهرة لصوغ فذلكة مطارح افكارهم
في قالب الكلام وارشاد النسخة لسوغ وتيرة املاء نتائج انظارهم بابلغ النظام فسبحان ما اعظم شانه واقوى سلطانه
واتم لطفه واعم احسانه وعلى رسوله افضل التصلية واكمل التسليم وعلى آله ذوي النفوس الزكية واصحابه ذوي العقول
الذكية ما ظهر نور وخفي وزهر نجم وشرق **وبعد** فقد نجز الاقتصار وبرز الاختصار من نسخ انتساخ العناية في
شرح الهداية المنطوية على زبدة فوائد الاحكام الشرعية باحسن البيان والمحتوية على عمدة فرائد المسائل الفقهية بابلغ التبيان
التي هي بين انداديها كالشمس في لبد السماء وكالدرة الوسطى من قلادة العذراء لافضل فضلاء المتقدمين وسيدهم وهو
اكمل العلماء المتبحرين وسندهم الشيخ الامام والقرم الهمام المخصوص بعناية الهداية بعلم اليقين ركن الدين محمد بن محمود
بن احمد المدعو باكمل الدين طاب الله ثراه وجعل الجنة مثواه ولله در الله مضجعه مصنفات لا تحصى كما لا تخفى على
يدي اضعف العباد واخوفهم يوم التناد الراجي شفاعة محمد المدني مغار نابتوفيق ربه الغني سلطان محمد
ابن سلطان علي بن شيخ ولي الشرواني عصمهم الله بكنفه عن بوائق العصيان واواهم في دار الجنان مع سائر
اهل الايمان في افضل الآجال عصر العصر الذي من الآصال من يوم الخميس الذي هو للمؤمنين انيس العشرين ليلة قد خلت
من الاشهر الحرم الشنية شهر الله ذي الحجة البهية ختم بالخير مجانبا عن الضير المنسلك في شهور سنة سبع و[illegible]
من الهجرة النبوية والرحلة المصطفية عليه بشفاعته الصغيرة والكبيرة في دار السلطنة السنية المحمية التي
سميت اولا بقسطنطينية وثانيا ببرنطية وثالثا باسلام بول حماها الله تع بكنفه عن الذبول و[illegible]
مع توزع البال وتشتت الاحوال وتفاقم الاحزان والمحن وتكاثر الافزاع والفتن وتوازر حوادث [illegible]
الطبع ملالا والخاطر كلالا لكن الله جلت نعمته يسر لنا الاتمام ورزقنا الفوز الى المرام
ويمن نصره اللهم وفق الصاحب الدراية والرواية كما وفقته الكتابة والسطارة
وارزقه علما نافعا وعملا صالحا ومتعه بعنايتك متاعا حسنا وبهدايتك
انتفاعا كثيرا ليكون في الفقه حبرا وفي الدين بدرا فرحم الله
عبدا دعا لمؤلفه ومالكه واستغفر لكاتبه ومصححه بالمغفرة
والرضوان متوجها بحل الهمة الى الملك الرحمن وسأل الله
تع ان يهدينا صراطا مستقيما ويعصمنا عن العوج
وزيغه ويسددنا بعونه وتوفيقه
وارشدنا الى الحق وحقيقته
حسبنا الله ونعم الوكيل
نعم المولى ونعم النصير

لصاحبه السعادة والسلامة
وعز لا بداية هو اسلامه
وطول العمر ما ناحت حمامة
واقبال الى يوم القيامة

بايع از مشتري بها طلبد
كاتب از قاريان دعا طلبد

يا ناظرا فيه سل الله مرحمة على المصنف واستغفر لكاتبه واطلب لنفسك من خير تريد بها من بعد ذلك غفرانا لصاحبه



